على نطاق المادتين 12، 13 من القانون المدنى فقط ومرتبط بنطاق هاتين المادتين .

الشرط الثانى :- أن تكون الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج .

هذا الشرط يمثل الفرضية الوحيدة التى يمكن إعمال الاستثناء الماثل معها ، وهذا يعنى أن تكون الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج، فإذا ما أصبحت مصرية بعد انعقاد الزواج لم يكن للاستثناء الماثل معها سبيل، وإذا ما فقدت هذه الجنسية من بعد انعقاد الزواج فإن هذا الفقد لا يؤثر فى إعمال هذا الاستثناء حيث يسرى عليها أيضاً ، فإذا لم تكن الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج، أو أصبحت مصرية بعد انعقاد الزواج لم نكن بصدد إعمال الاستثناء الماثل .

الشرط الثالث :- أن يكون الزوج أجنبياً وقت انعقاد الزواج .

لأن الزوج إذا كان مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصرى سيكون هو الواجب تطبيقه طبقاً لقاعدة الإسناد المنصوص عليها بالمادة 1/13، فإذا ما أصبح الزوج مصرياً بعد انعقاد الزواج فلا يؤثر فى إعمال الاستثناء الماثل .

الفرع الثالث

مبررات هذا الاستثناء القانونى .

فى الواقع وجد ما يبرر هذا الاستثناء قانونياً وقضائياً وفقهياً .

المبرر القانونى : يستفاد من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن سبب هذا الاستثناء هو الرغبة فى تلافى ما قد يترتب على قاعدة الإسناد الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج من اعتبار زواج المصرى المسلم صحيحاً وفقاً للقانون المصرى، وباطلاً وفقاً لقانون جنسية الزوجة الأجنبية، وقد

وجد أنه من الملائم تطبيق نفس القاعدة بالنسبة لآثار الزواج ...... تحقيقاً للتجانس فى القانون الذى يحكم نظام الأسرة . (1)

وقد ذكر بعض الفقهاء أن هذه المادة تقرر قاعدة من القواعد ذات التطبيق الضرورى أو من قواعد البوليس والأمن (2) بينما قرر البعض أنه يبدو من تاريخ نص المادة 14 أن الاستثناء المقرر بها على هذا النحو قد أريد به عدم الفصل بين القانون الذى يحكم الشروط الموضوعية للزواج والقانون الذى يسرى على آثار الزواج فما دام القانون المصرى هو الواجب تطبيقه على الشروط الموضوعية للزواج فيما لو كانت الزوجة متمتعة بالجنسية المصرية وقت الزواج وفقاً لحكم المادة 14 فيكون من الخير أن يسرى هذا القانون على آثار الزواج . (3)

★ موقف القضاء المصرى

لقد تعامل القضاء مع هذا الاستثناء بسلاسة ويسر فقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية فى كثير من أحكامها بالقول : " وحيث إنه عن القانون الواجب التطبيق ولما كانت المادة 13 من القانون المدنى قد قضت ...... وقد استثنت المادة 14 من القانون المدنى من قاعدة الإسناد

(1)أشار إليها :د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول ... صــ234، 235 ، ويتابعه د/جمال الكردى – دروس ..صــ346

(2)د/ أحمد سلامه – القواعد ذات التطبيق الضرورى وقواعد القانون العام فى القانون الدولى الخاص – دراسة تحليلية تطبيقية – دار النهضة العربية – القاهرة الطبعة الأولى 1985 – بند 42 صــ54 وما بعدها .

(3)د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون صــ295

سالفة الذكر كون أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج فيسرى القانون المصرى وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج " .(1)

وقضت محكمة القاهرة بتطبيق الشريعة الأرثوذكسية بالنسبة للنفقة باعتبارها قانون الزوجة المصرية بالرغم من أن زوجها يونانى ومن أن القانون الواجب تطبيقه أصلاً هو القانون اليونانى عملاً بنص المادة 1/13 من القانون المدنى .(2)

الوضع فى الفقه المؤيد

قد اقتنع بعض الفقه بما أورده المقنن المصرى وكان مبرراً لديه فهو مبرر لأن نظام الزواج وثيق الصلة بحياة الجماعة الوطنية، ومن الأفضل إخضاعه للقانون الوطنى كلما كان أحد أطراف العلاقة وطنياً(3) وقد علل البعض هذا قائلاً : ويبدو أن المقنن المصرى قد تأثر هنا بمبدأ شخصية

---

(1)انظر حكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 24 / 1 / 1985م فى القضية رقم 3 لسنة 1984م – أحوال أجانب المنتزه، وحكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 1 / 12 / 1985م فى القضية رقم 1 لسنة 1985م، حكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 9 / 11 / 1986م فى القضية رقم 3 لسنة 1985م، وحكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 30 / 11 / 1986م فى القضية رقم 1 لسنة 1985 وحكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 21 / 12 / 1986م فى القضية رقم 1 لسنة 1988م انظر فى مزيد من هذه الأحكام : د/ هشام خالد فى الموسوعة القضائية المسماة بـ/ أحكام الزواج للمصريين من الأجانب .... صـ19، 25، 32، 40، 45 وغيرها .

(2)حكمها فى 6 / 10 / 1953 وقد سبقت الإشارة إليه . ذكره د/ جابر عبد الرحمن – تنازع القوانين صـ324

(3)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع .... صـ236، ويتابعه مؤيداً د/ جمال الكردى – دروس ... صـ348، د/ عكاشة عبد العال – دراسات..... صـ249 .

القوانين رغبة فى ربط من يحمل الجنسية المصرية بالنظام القانونى وبالوطن المصرى ولا سيما لتحقيق الحماية للطرف المصرى المسلم الذى يتزوج من أجنبية أو أجنبى .(1) كما أن له ما يبرره فى الفقه الإسلامى .(2)

المطلب الثانى

نطاق الاستثناء ومأخذه والقانون المصرى المعول عليه به

إن المادة 14 من القانون المدنى التى تحمل فى طياتها الاستثناء الماثل لها نطاق لا تتعداه، وقد أخذ الفقه على هذا الاستثناء مأخذاً، وعولت المادة على القانون المصرى فما المقصود به هنا ؟

---

(1)د/ أحمد سلامه – المختصر .... صـ259 .

(2)حيث إن العلاقة التى يكون أحد أطرافها مسلماً يجب فيها تطبيق أحكام الإسلام دائماً مهما كانت ديانة الطرف الآخر ويكاد أن يكون هذا الحكم محل اتفاق وإجماع . انظر الشيخ محمد أبو زهرة – العلاقات الدولية فى الإسلام دار الفكر العربى 1415هـ / 1995م – صـ62، 63، 74 . الشيخ/ عبد الله مصطفى المراغى – التشريع الإسلامى لغير المسلمين – مكتبة الآداب بالجماميز – صـ19، 20، 21، 41، 48، ابن القيم – أحكام أهل الذمة – دار الحديث ... القسم الأول صـ218، 281، الإمام القرطبى أحكام القرآن – دار إحياء التراث العربى – بيروت – لبنان جـ6 صـ184، د/ محمد الحسينى مصيلحى – بحوث ودراسات فى القانون الدولى لحقوق الإنسان مقارناً بالشريعة الإسلامية – دار النهضة 1988م – صـ238، د/يوسف الخليفة، أ/ أحمد عبد الحليم كفالة الإسلام لحقوق غير المسلمين – مطبوعات المؤتمر العالمى الأول لتطبيق الشريعة الإسلامية بالسودان – سبتمبر 1984م – صـ243 – موسوعة الأعمال الكاملة للإمام ابن القيم – جامع الفقه د/يسرى السيد محمد جـ7 صـ188 .

الفرع الأول

نطاق الاستثناء الماثل

يتمثل نطاق الاستثناء الوارد بالمادة 14 فى خصوص آثار الزواج من جهة الموضوعات ومن جهة الأشخاص، أما عن الموضوعات فإنه يشمل كافة آثار الزواج الشخصية والمالية ولكن بشرط أن تكون داخلة تحت نطاق المادة 1/13 التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه فى آثار الزواج . [1]

أما عن نطاق الاستثناء بالنسبة للأشخاص فى آثار الزواج فإنه محدد بالزوجة المصرية وقت انعقاد الزواج التى تتزوج من أجنبى، فإن هذا هو الفرض الوحيد الذى يمكن فيه إعمال الاستثناء الماثل، وهذا الفرض قائم حتى ولو فقدت هذه الزوجة جنسيتها المصرية فى وقت لاحق على الزواج، وحتى لو اكتسب الزوج الجنسية المصرية بعد الزواج . [2] أما عن النطاق الزمنى فيسرى هذا الاستثناء على الحالات التى تكون الزوجة فيها مصرية وقت انعقاد الزواج، ويرى بعض الفقه أنه كان يجب تطبيق القانون

---

(1)وقد ورد النطاق الموضوعى عاماً عند بعض الفقه بدون تحديد النطاق الذى تشمله المادة 1/13 من ذلك قول د/ أحمد سلامه – المختصر : وفى خصوص آثار الزواج يسرى القانون المصرى على الآثار الشخصية والآثار المالية التى يرتبها عقد الزواج إذا كان الزوج أو الزوجة مصرياً وقت انعقاد الزواج ... " صـــ260 .

(2)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول ... صـــ235، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون ... صـــ295، د/ أحمد سلامة – المختصر ... صـــ260، د/ محمد كمال فهمى – أصول ... صـــ552، د/ جمال الكردى – دروس ... صـــ247 .

المصرى على آثار الزواج فى الحالة التى يكتسب فيها كلا الزوجين الجنسية المصرية بعد الزواج . [1]

الفرع الثانى

المآخذ على هذا الاستثناء .

لم يسلم الاستثناء الماثل من المآخذ من الفقه المصرى فقد أخذت عليه عدة أمور :-

أولها :- عدم جدوى الاستثناء الوارد بالمادة 14 مدنى فقد كان من الممكن حماية الطرف الوطنى المسلم عن طريق استخدام الدفع بالنظام العام وترك الأمر لسلطة القاضى التقديرية، كما أن هذا الاستثناء لا يحقق حماية مصلحة المصرى المسلم الذى يكتسب الجنسية المصرية لاحقاً على الزواج . [2]

وقد فند بعض الفقه هذا المأخذ بالقول بأنه ينبغى عدم التوسع فى استخدام الدفع بالنظام العام نظراً لمرونته وعدم تحديده، كما أن استخدام النظام العام لا يمكن إلا عند تعارضه مع القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالطرف المسلم فى الزواج [3] ويضيف البعض : أن استخدام الدفع بالنظام العام لا يفيد إلا الطرف المسلم أما حيث يكون الزوج أو الزوجة غير مسلمة ومصرية لا يفيدها الدفع بالنظام العام . [4]

---

(1)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول ... صـــ238

(2)د/ هشام صادق وآخرون – القانون ..... صـــ294، 294 .

(3)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول ..... صـــ236، 237

(4)د/ جمال الكردى – دروس ..... صـــ348، 349 .

وثانيها : وقيل فيه إن هذا النص محل انتقاد لأنه يسرى فى الحالة التى يكون فيها أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج ولو أصبح أجنبياً بعد ذلك، فى حين أنه لا يسرى فى الحالة التى يكون فيها الزوجان أجنبيين وقت الزواج ويكتسبان معاً أو أحدهما الجنسية المصرية بعد ذلك .[1] وقد أجاب البعض على ذلك بأن العبرة بالقانون الذى تم الزواج فى رحابه وأنه من الإجحاف إعطاء أحد الزوجين الحق فى التفرد بتغيير القانون الواجب تطبيقه وذلك بتغييره الجنسية لما يهوى .[2]

وثالثها : أن هذا الاستثناء غير مجدى بالنسبة لآثار الزواج إذا كان الزوج مصرياً وقت الزواج .[3] والواقع أن هذا المأخذ غير ذى بال فالقانون المصرى سيكون هو الواجب تطبيقه .

الفرع الثالث

المقصود بالقانون المصرى المعول عليه فى الاستثناء .

عول نص المادة 14 الذى أورد الاستثناء على القانون المصرى كبديل عن قانون الزوج فى آثار الزواج فما المقصود بالقانون المصرى هنا ؟لما كان النظام القانونى المصرى مركباً تتعدد فيه الشرائع، حيث يوجد إلى جوار الأحكام القانونية أحكام الشريعة الإسلامية والشرائع الملية، فإذا ما كانت الزوجة المصرية مسلمة وجب إعمال أحكام الشريعة الإسلامية عليها .[4] وقد قضت محكمة الإسكندرية " وحيث عن

---

(1)د/ محمد كمال فهمى – أصول ...... صـ551، 552 .

(2)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول صـ237

(3)د/ محمد كمال فهمى – أصول صـ551

(4)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول .. صـ239، ويتابعه د/ جمال الكردى – دروس ... صـ350، 351

القانون الواجب تطبيقه فإن الفقرة الأولى من المادة 13 وأن المادة 14 .... ولما كان الثابت من الأوراق أن المدعية مصرية الجنسية فإن القانون المصرى يكون هو الواجب تطبيقه على هذه الدعوى، وإذا كان المتداعيان مسلمى الديانة فإنه يجب إعمال أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للراجح من مذهب أبى حنيفة فيما لم يتناوله التشريع الوضعى عملاً بالمادة 280 من المرسوم بقانون 87 لسنة 1931م[1]

وفى حكم آخر لها طبقت القانون رقم 25 لسنة 1929م وذلك بخصوص طلب نفقة زوجية ونفقة مطلقة..[2] فإذا كانت الزوجة المصرية غير مسلمة ومختلفة مع زوجها الأجنبى فى الملة أو الديانة فيجب إعمال أحكام الشريعة الإسلامية ومن ذلك ما قضت به محكمة الإسكندرية فى قضية طرفاها زوجة أجنبية غير مسلمة وزوجها مصرى غير متحد معها فى الطائفة والملة وبخصوص نقل حضانة صغير قررت المحكمة وحيث إنه لما كان المقرر بنص المادة 1/13 ...... وكان الزوج مصرياً .... فقد طبقت المحكمة الماثلة أحكام الشريعة الإسلامية وذلك فى ظل المادة السادسة فقرة ثانية من القانون 462 لسنة 1955م الملغى بالقانون رقم 1 لسنة 2000م وذلك للاختلاف بين الخصوم فى الطائفة والملة "[3]

---

(1)حكمها بجلسة 1986/11/9م فى القضية رقم3 لسنة 1985م أحوال جزئى . د/ هشام خالد – الموسوعة القضائية .أحكام زواج .... صـ32 : 36 .

(2)حكمها بجلسة 30 / 11 / 1986م فى القضية رقم 1 لسنة 1985م . د/ هشام خالد – أحكام ... صـ40 : 44

(3)حكها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 25 / 1 / 1987م فى القضية رقم 1 لسنة 1986م . د/هشام خالد أحكام .... صـ54 : 57

فإذا كانت الزوجة مصرية غير مسلمة وانطبق فى شأنها شروط المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م وذلك بأن كان لها قضاء ملى منظم قبل صدور القانون 462 لسنة 1955م وكان الزوجان متحدى الملة والطائفة فإنه يجب إعمال أحكام الشريعة الملية للزوجة المصرية وقد قضت محكمة القاهرة " بتطبيق الشريعة الأرثوذكسية بالنسبة للنفقة باعتبارها قانون الزوجة المصرية بالرغم من أن زوجها يونانى ومن أن القانون الواجب تطبيقه أصلاً هو قانون الزوج [القانون اليونانى] عملاً بنص المادة 1/13 من القانون المدنى وقد ترك العمل به التزاماً بالحكم الوارد بالمادة 14 من القانون المدنى المصرى " (1)

وعلى ذلك يمكن القول بأن القانون المصرى المراد بالمادة 14 من القانون المدنى كافة التشريعات المصرية التى يحويها النظام القانونى المصرى بما فى ذلك من شرائع أخرى بجانب الشريعة الإسلامية . (2)

وعلى وجه التحديد يقصد بالقانون المصرى طبقاً للمادة 14 ما يأتى:-

1) القواعد القانونية الموحدة التى وضعها المقنن المصرى فى بعض آثار الزواج كالقواعد التى وضعها فى نفقة الزوجية والمتضمنة فى القانون رقم 25 لسنة 1929م وتعديلاته اللاحقة، فهذه القواعد تسرى على جميع الزوجات المصريات مسلمات أو غير مسلمات .

2) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وعلى الأخص الراجح من المذهب الحنفى وذلك فيما لم يرد به نص فى القانون المصرى، وفى حق

---

(1)حكمها فى 6 / 10 / 1953م وقد سبقت الإشارة إليه

(2)د/ حمال الكردى – دروس صـــ35

الزوجة المسلمة، وفى حق الزوجة غير المسلمة متى تخلفت شروط إعمال شريعتهم الخاصة التى حوتها المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م .

3) تطبيق أحكام الشريعة الملية الخاصة بالزوجة غير المسلمة وذلك متى انطبقت فى حقها شروط المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م .

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى

فى الواقع إن الاستثناء الماثل يوجد بينه وبين الفقه الإسلامى تقارباً واضحاً حيث يحاول جاهداً بسط سيادته التشريعية على أكبر نطاق ممكن ولكن جوهر الاستثناء الماثل يختلف فى القانون عن الفقه الإسلامى من ثلاثة نواح

أولاً:- الأصل والاستثناء

إذا كان الأصل فى قاعدة الاستثناء التى وضعها المقنن المصرى هو وجوب إعمال قانون الزوج أيما كانت جنسية ذلك الزوج وطنية أو أجنبية فإن الاستثناء عن ذلك الأصل فى القانون المصرى هو وجوب إعمال القانون المصرى وحده على آثار الزواج متى كانت الزوجة مصرية . وهذا بخلاف الفقه الإسلامى الذى كان الأصل فيه إعمال أحكام الإسلام على آثار الزواج والاستثناء هو إعمال ملة أو دين أو معتقد غير المسلمين فى آثار الزواج .

ثانياً:- القانون المسند إليه فى الاستثناء

لقد جعل المقنن المصرى القانون المشار إليه بمقتضى قاعدة الإسناد الخاصة بالاستثناء هو القانون المصرى، بخلاف الفقه الإسلامى الذى جعل

القانون المشار إليه بالاستثناء هو قانون أو شريعة أو ملة أو معتقد غير المسلمين .

ثالثاً:- مناط الإسناد فى الاستثناء

لقد جعل المقنن المصرى من الجنسية المصرية ضابطاً للإسناد فى هذا الاستثناء، بينما كان ضابطاً للإسناد وبخصوص الإسناد فى الفقه الإسلامى هو قانون أو شريعة أو ملة أو معتقد غير المسلمين . وأن الاستثناء فى القانون المصرى لصالح القانون المصرى بخلاف الفقه الإسلامى الذى جعل الاستثناء لصالح قانون أجنبى لغير المسلمين .



الفصل الثانى استبعاد القانون الواجب تطبيقه (1) على آثار الزواج

ويشتمل على ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول:استبعاد القانون الواجب تطبيقه على توارث الزوجين لمخالفة النظام العام

المبحث الثانى : استبعاد القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج دفعاً بالنظام العام

المبحث الثالث : استبعاد القانون الأجنبى فى مجال جنسية الزوجين دفعاً بالنظام العام .

---

(1)[يعد إعمال أحكام القانون الأجنبى] فإن استبعاده ركن أساسى فى موضوعات أساسية فى القانون الدولى الخاص ، وبالتالى فلا يمكننى والحال كذلك أن أتجاهل دراسة إستبعاد القانون الواجب تطبيقه .

المواضع التى نص المقنن فيها على " مصطلح النظام العام " كثيرة، فقد ورد النظام العام لاستبعاد شرائع غير المسلمين فى قوانين الأحوال الشخصية، حيث تنص المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م على أن: " تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية .... ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات ملية منظمة حتى 31 ديسمبر سنة 1955م طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام " (1) وعند إرادة تنفيذ حكم أجنبى فى مصر قرر المقنن ذات الدفع فنص فى المادة 298 على أنه " لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتى :-

1- ....، 2- .. 3- ......، 4- ... وأن الحكم الأجنبى لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها " وعند إعمال قانون أجنبى أشارت إليه قاعدة الإسناد نص المقنن على الدفع بالنظام العام وذلك فى المادة 28 من القانون المدنى بقولها : " لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر " فلما كان إعمال شرائع غير المسلمين فى مصر، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وتطبيق قانون أجنبى رهناً بموافقة مقتضيات النظام العام فى مصر، كان جديراً بأن أخصص له هذا الفصل، ولكن موضوع النظام أكبر من أن تستوعبه هذه الصفحات فقد رأيت أن أقتصر على الدفع بالنظام العام فى مواجهة القانون الأجنبى الواجب تطبيقه على آثار الزواج الثلاثة وهى الجنسية والميراث والنفقة وقبل هذا ما المقصود بالنظام العام ؟ وما الأثر المترتب عليه ؟

---

(1) وهذه المادة تقابل المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955م الملغية .

أولاً : المقصود بالنظام العام

إن مصطلح النظام العام مرن ومطاط ويستعصى على التحديد الدقيق وقد عرفه البعض بأنه : " مجموعة الأسس التى يقوم عليها كيان الجماعة السياسى والاقتصادى والاجتماعى والخلقى والدينى للدولة، والذى لا يمكن بقاء هذا الكيان سليماً دون استناده واستقراره على تلك الأسس . [1]

وقد جاءت تعريفات النظام العام كلها على هذا النحو فى ألفاظ عامة وواسعة وبعيدة عن الجدل الشديد والتعريفات المبهمة وقد استحال عند الفقه وضع تعريف جامع لمفهوم النظام العام [2] ولذا أرى أن مفهوم النظام العام هو ما يقابل مفهوم الأحوال الشخصية فى الوضع الداخلى، أما مفهوم النظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص فإن كل علاقة فيها طرف مسلم فالشريعة الإسلامية هى النظام العام، فإذا خلت العلاقة من

---

(1)انظر هذا التعريف : د/ عبد المنعم البدراوى – أصول القانون –ط 1972م صـ146 – د/ عبد الرازق حسن فرج المدخل لدراسة القانون 1993م – فقرة 48 صـ36 – د/ رأفت حماد – المدخل لدراسة العلوم القانونية ط 1986م – صـ110، وقد عرفه آخر بقوله : بأن المشرع يقصد أن تطبق من قواعد الشريعة الخاصة بمتحدى الملة ما لا يصطدم مع أية قاعدة مقرره فى التشريع المصرى أو المصادر التى يعتدّ بها التشريع المصرى، وهذه القواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة " أ/ إهاب حسن إسماعيل – شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية – دار القاهرة للطباعة – ط 1 – 1957م – بند 15 صـ51 .

(2)انظر فى القول بصعوبة التحديد الدقيق : د/ أحمد سلامه – المختصر – صـ183 وما بعدها – د/ هشام خالد النظرية العام لتنازع القوانين – الطبعة الثامنة 2002 صـ736 وما بعدها، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد أصول تنازع القوانين .... صـ133 وما بعدها

طرف مسلم فإن النظام العام يتمثل فى الحفاظ على القواسم المشتركة للإنسانية والتى تحافظ على كيان الإنسان باعتباره إنساناً بغض النظر عن دينه وجنسه . وبمعنى آخر إذا كنت قد حددت مفهوم الأحوال الشخصية كما سبق فى تمهيد هذه الدراسة وهى الأحوال التى سمحت فيها الشريعة العامة للدولة بتطبيق الشرائع الملية فى حق أصحابها وذلك بما لا يتجاوز الشخص وأسرته، و بما لا يتصل بكيان المجتمع، أما ما لم تسمح به الشريعة العامة أو وحدت به الاختصاص فمخالفته مخالفة للنظام العام الداخلى، أما النظام الخارجى فله شقان :-

الأول : إذا وجد فى العلاقة طرف مسلم فمخالفة القانون الواجب تطبيقه حينئذ تتمثل فى مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أما الشق الثانى : فيتمثل فى كل ما فيه إهدار لحقوق الإنسان، أو حرياته، أو فيه ظلم وإجحاف بيّن فى حق أحد الطرفين أو كلاهما [1]

وفى الفقه الفرنسى : إن الدفع بالنظام العام يتصدى لتطبيق القوانين الأجنبية التى تخالف مبادئ الأخلاق والعدالة " [2] وكذلك يتصدى لتلك القوانين التى تخالف مبادئ القانون العام أو الخاص والقيم المشتركة بين الأمم المتحضرة ومن ثم يسمح الدفع بالنظام العام باستبعاد

---

(1)وقريباً من هذا المعنى : د/ محمد وليد هاشم المصرى – محاولة لرسم معالم النظام العام الدولى العربى بمفهوم القانون الدولى الخاص – مجلة الحقوق – الكويت – العدد الرابع – السنة السابعة والعشرون – ديسمبر 2003م صـ147 وما بعدها .

انظر

Lou ssouann (y) et Bourel Pierre Droit international prive Dalloz 5 edittion ed 1996

بند 252 صـ291 وقد استعنت فى ترجمته بـ د/ نادية فرج

(2)ذات المرجع – صـ291

هذا القانون المخالف الذى تشير إليه قاعدة الإسناد فى القانون الفرنسى وذلك عندما يسفر هذا التطبيق عن اختلاف وتناقض مع الأهداف المعنوية والاجتماعية والاقتصادية مما سبب للمصلحة الفرنسية خطأ جسيماً مع ما يفوق اعتبارات المعاملة الدولية أو التضامن الدولى [1]

وغالباً ما يتحد مفهوم النظام العام فى مفهوم الفكر العربى وذلك للاشتراك فى الموروث الثقافى والخلقى والاجتماعى فيقول البعض فى تعريفه : بأنه مجموعة الركائز الجوهرية لكيان الدولة الاجتماعي أو السياسى أو الاقتصادى وهو مجموعة القوانين التى تهم حقوق المجتمع وتحقق المصلحة العامة " [2] وهو بذاته ما قررته محكمة النقض المصرية فى أحكامها [3] ولما كان مفهوم النظام العام مرناً ومطاطاً ويستعصى على التحديد الدقيق فإن محاولة وضع تعريف جامع مانع له فيه نوع من التكلف لأن النظام كان وهو قائم الآن وسيظل صمام أمان مما يستجد ومما يستتكر بتوالى الأيام .

ثانياً : الأثر المترتب على الدفع بالنظام العام .

فى الواقع أن الدفع بالنظام العام فى وجه القانون الواجب تطبيقه يرتب أثرين . الأول: استبعاد القانون الواجب تطبيقه، والثانى : هو حلول قانون القاضى محله .

---

(1)د/ محمد وليد هاشم المصرى – محاولة لرسم معالم النظام العام ..... – صـــ151

(2)نقض مدنى مصرى – مجموعة أحكام النقض – 1979م صـــ277

(3)د/ هشام صادق – الموجز .... صـــ188، د/طلعت محمد دويدار – القانون الدولى الخاص السعودى – منشأة المعارف بالإسكندرية 1417هـــ / 1418هـــ – صـــ312

والراجح فى الفقه المصرى هو أن الاستبعاد الجزئى للجزئية التى تتعارض مع النظام العام فى دولة القاضى فقط [1] وفى الفقه الفرنسى حيث اتفق الفقه والقضاء المعاصر على تحديد النظام العام باعتباره مصطلح استثنائى Conreckipr exceptionmel

يسمح باستبعاد القانون الأجنبى المخصص عادة وذلك عندما يتضمن هذا القانون نصوصاً غير مقبولة أمام القضاء الذى ينظر النزاع، وأنه من المفترض أن توحده وحدة قانونية Commu Aaute dednoit نسبية غير أن هذه الوحدة قد لا توجد فيكون القانون الأجنبى المعنى مخالفاً للقانون الوطنى بشكل مطلق فى خصوص الأفكار السياسية والاجتماعية [2]

وقد أيد القضاء المصرى الاستبعاد الجزئي للقانون المصرى فمن ذلك قضاء محكمة استئناف الإسكندرية بقولها : " ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم فى القانون الأجنبى يخالف النظام العام فى مصر يرتب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته فإن هذا المذهب ليس له من القانون سند .... والظاهر من المادة 28 أن المراد به الحكم المخالف فقط ..." [3]

---

(1)انظر فى الفقه الفرنسى :-

- Yvon Loussourn Droit international prive DALLOZ ، 5 edition 1996

بند 252 – صـــ290، 291 . وقد استعنت فى ترجمته بـــ د/ نادية فرج

(2)

(3)حكم استئناف دائرة الأحوال الشخصية للأجانب فى 17 / 3 / 1963م، وأشار إليه د/ هشام صادق – الموجز ... صـــ189 .

ويترتب على استبعاد القانون الأجنبى المعين بقاعدة التنازع حلول قانون القاضى محله فيما استبعد الأول منه [1]

(1)د/ هشام صادق – الموجز .... صـــ190، وانظر فى الفقه الفرنسى :-

- Loussouan (y) etBowrel (p), 291 ،290ـــــصـــ – 252 بنـــد - Mayer (p) ،DROIT INTERNATIONAL PRIVE MOntchrestien be ed GEdionN .
- man 1965 J . D . 1 . 1966 ،note ponsamd .
- C . E . ASS - 11 juill . 1980 Rev – cnit – 1981 . 658 .
- Loussouarn (y) ، Droit international 70 ed . 2001 ...

بند 85 – صـــ349، بند 291 – صـــ355، بند 311 صـــ371

- E . poisson ،les nela rions entne epoudu daus les necehen codiBicarionsdu ds int - pn ،Rev nidn - pn – 1967 ، p . 277 Muin watt ،perites ches, 2001 ،nobz ،p . 59 .

المبحث الأول
استبعاد القانون الواجب تطبيقه على توارث الزوجين لمخالفة النظام العام

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبى واجب التطبيق على ميراث الزوجين، فإن هذا القانون المشار إليه قد يمنع من إعماله تعارضه مع النظام العام فى دولة القاضى، فكيف يتحقق هذا التعارض مع مفهوم النظام العام ؟

إن بيان ماهية ذلك الإختلاف مع النظام العام تستلزم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين بيانهما كالتالى :-

المطلب الأول : الدفع بالنظام العام فى مواجهة قانون المورث فى ميراث الزوجية فى الفقه .

المطلب الثانى : الدفع بالنظام العام فى ميراث الزوجين فى صوره الأربع .

المطلب الأول
الدفع بالنظام العام فى مواجهة قانون المورث فى ميراث الزوجية فى الفقه .

يستلزم البحث فى هذا المطلب التعرض لموقف الفقه المصرى والتعرض لموقف القانون والفقه المقارن وذلك فى الفرعين التاليين :-

الفرع الأول

موقف الفقه المصرى

لم تتفق كلمة الفقه المصرى على كلمة سواء فمنهم من رأى " أن القانون الأجنبى هو الذى يحدد صفة الوارث ودرجات الورثة ونصيب كل وارث ومن ثم يدفع فى مواجهة بالنظام العام إذا حدد صفة الوارث لولد غير شرعى، أو ولد الزنا، وأن اختلاف الأنصبة بين القانون المصرى والقانون التركى " حيث إن الأخير يسوى بين الذكر والأنثى فى الميراث بخلاف القانون المصرى المستمد من الشريعة الإسلامية " وهو بذلك لا يخالف النظام العام فالمساواة بين الذكر والأنثى ليس له ثمة تأثير على مصلحة الجماعة المصرية " (1) ويرى آخر : " أن مجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبى وقانون القاضى لا تعد مخالفة للنظام العام، وإنما العبرة بقيام موانع للميراث فى القانون الأجنبى تنطوى على أحكام تعسفية وأسس عنصرية ترتبط باللون أو الجنس أو حرمان الإناث من الميراث . (2)

ويرى آخر : " أن القانون الأجنبى يعتبر مخالفاً للنظام العام إن قرر منع الميراث بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو إذا كان يجيز ميراث القاتل للمورث، أو يورث ابن الزنا من أبيه أو من أقارب الأب، أما ميراثه من الأم أو أقاربها فهو جائز وفقاً للمادة 47 من قانون المواريث . (3) وفى لفظ

---

(1)د/ حامد زكى – مواريث الرعايا الأتراك فى مصر – مجلة القانون والاقتصاد – السنة 18 – بند 28 – صـ644 وما بعدها .

(2)د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع القوانين 2004 / 2005م – بند 234 – صـ266، 267، 268 .

(3)د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون ..... صـ322، 323، 324 .

عام يقول آخر : " وجوب استبعاد القانون الأجنبى إذا كان يقضى مثلاً بحرمان البنات من الإرث، أو بإعطاء الولد الأكبر كل التركة أو بحرمان الوارث من الإرث بسبب اللون أو الجنس كما يستبعد هذا القانون إذا كان يجيز إرث الولد الطبيعى من أبيه أو إذا كان يجيز لقاتل المورث أن يرثه " (1) ويضيف فقيه آخر قائلاً : " من ذلك مثلاً القاعدة التى تقضى بأنه لا توارث بين مسلم وغير مسلم، والقاعدة التى تقضى باعتبار القتل من موانع الإرث فيستبعد القانون الأجنبى إذا كان يجيز توريث القاتل من مقتوله، وكذلك القواعد الخاصة بتوزيع الأنصبة فى شأن ميراث المسلمين (2) ويتابع آخر مردداً ما سبق (3) ويفصِّل البعض القول فى ذلك قائلاً : " فالقانون الذى يجيز الميراث بين المسلم وغير المسلم أو الميراث لقاتل المورث، أو يورث الابن الطبيعى أو غير الشرعى من أبيه المسلم، أو يجيز التصرف فى تركة إنسان حى أو يمنع الميراث بسبب الإدانة بحكم جنائى أو لأسباب سياسية، أو يحرم الإناث من الميراث أو يعطى التركة كلها للابن الأكبر " (4)

★ تعقيب

يلاحظ على ما سبق أن الأمر لم يحسم لدى الفقه المصرى على نحو قاطع كما أن فيه خلطاً كبيراً وغموضاً يعترى مفهوم النظام العام فى

---

(1)د/ جابر جاد عبد الرحمن – تنازع القوانين – دار النهضة العربية 1969م – صـ456

(2)د/ محمد كمال فهمى – أصول ..... صـ599 وما بعدها

(3)د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون ...... صـ242، 243

(4)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع .... صـ946، 947 ويتابعه فى ذلك : د/محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ... صـ445 وما بعدها .

مواجهة قانون المورث، وأن العبارات التى صاغها الفقه ما هى إلا أمثلة لنماذج يقع فيها القانون الأجنبى مخالفاً للنظام العام فى مصر .

الفرع الثانى

وضع المسألة فى القانون المقارن

لاشك أن مفهوم النظام العام يتسع أو يضيق فى ظل نظام قانونى عنه فى قانون آخر وذلك حسب البيئة والواقع الاجتماعى والسياسى فهو متقارب مع مفهومه فى مصر فى ظل القوانين العربية، ففى دولة الإمارات العربية المتحدة مثلاً : " لاشك أن القانون الأجنبى يكون مخالفاً للنظام العام إذا رصد موانع من الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو إذا كان يعطى الحق فى الميراث القاتل عمداً لمورثه، أو إذا كان يورث الابن الطبيعى من أبيه أو من أقارب أبيه أو كان يعطى التركة كلها للابن الأكبر أو كان يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم ... "[1] وهو المعول عليه فى دولة ليبيا[2].

وفى فرنسا : تشكل أيلولة وانتقال الميراث المسألة الخاصة لتسوية الميراث، ويدخل فى هذه الأيلولة بصفة خاصة الصفات المطلوبة لدخول الإرث وتحديد الورثة، وتحديد حصة كل واحد منهم ونظرية الإنابة فى الميراث[3] وهناك استثناءات أو قيود يمكن مع ذلك أن ترد على تطبيق

---

(1)د/ عكاشة عبد العال – دراسات فى القانون الدولى الخاص الإماراتى ..... صـ255، 256، 257

(2)د/ على على سليمان – شرح القانون الدولى الخاص الليبى – صـ110 .

(3)- Yvon loussouarn . Droit internatio nal prive DALLOZ ،7e edition 2001 526ـ فقرة 27 – صـ526

- cass . civ . 3 janv . 1980 Rev. dn – int . pn . 1980 331 . =

قانون الميراث فى هذه المجالات المختلفة، فالقضاء الفرنسى عند تصفية تركة خاضعة لأحكام قانون أجنبى يمكنه باسم النظام العام أن يرفض الاعتداد بصفة الوارث أو الحصة التى يمنحها له قانون الميراث الأجنبى، وذلك عندما تتعارض مع الأفكار السياسية أو المعنوية بصورة جسمية، فعلى سبيل المثال عندما يوجد مانع من الميراث يقوم على التمييز بين الجنسين، أو يقوم على أسس دينية، أو على الاعتداد بالأصل العرقى، وعلى العكس من ذلك فالاعتراف بالميراث للأولاد الطبيعيين لا يتعارض مع النظام العام فى فرنسا[1].

كما يعد فى فرنسا مخالفاً للنظام العام التصرف فى تركة إنسان على قيد الحياة[2].

ويلاحظ على الوضع فى فرنسا :-

1) أنه على خلاف القوانين العربية التى تعتبر أن إثبات الميراث للأولاد الطبيعيين مخالفاً للنظام العام، لا يعد كذلك فى فرنسا بل هو مقنن ضمن نصوص قانونها المدنى .

= - cass . civ 180 ct – 1988 D . 1988 ، 1 . R . 251 Rev n . dn . lnt . pn . 1992 . 76 Dotr bno 2

(1)انظر المادة 760 من القانون المدنى الفرنسى والتى تقسم التمييز بين الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين وهذه المادة لم تفسر أبداً على أنها تتعارض مع احترام الحياة الخاصة والعائلية التى تعترف بها الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان

- cass – ctv – 25 jwin 1996 ،J . C . P 1997 . 1 .

وانظر بالتفصيل - Loussoman المرجع السابق بند 427 صـ526 . Dnoit ،(y) et Bounel (p)

(2)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع ... صـ947 .

2) عند وجود مانع للميراث قائم على أساس دينى كما هو فى الشريعة الإسلامية التى تمنع ميراث غير المسلم من المسلم وتمنع ميراث المسلم من غير المسلم والشريعة اليهودية التى تمنع ميراث غير اليهودى من اليهودى فإن هذه الموانع فى فرنسا تقع مخالفة للنظام العام ومن ثم استبعاد القانون الذى يكرس أحكامها .

3) تتفق كافة الأنظمة على اعتبار الاتفاق الذى يجيز التصرف فى تركة إنسان على قيد الحياة مخالفاً للنظام العام .

المطلب الثانى

الدفع بالنظام العام فى ميراث الزوجين فى صوره الأربع

إزاء الخلط وعدم التحديد والعمومية البادية من أقوال الفقهاء على النحو السابق، فقد بدا لى أن تحديد النظام العام فى ميراث الزوجين يتم من خلال التمييز بين صور أربع للزواج وهى :-

1) إذا كان الزوجان مسلمين . 2- إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة .

3) إذا كان أحد الزوجين وطنياً غير مسلم والآخر أجنبياً غير مسلم . 4) إذا كان الزوجان غير مسلمين وأجنبيين .

الفرع الأول

إذا كان الزوجان مسلمين

قد يتوفى أحد الزوجين تاركاً خلفه زوجاً مصرياً مسلماً ، أو يترك خلفه زوجاً مسلماً غير وطنى، كأن يكون الزوجان أحدهما فرنسيا والآخر ألمانياً وتوطنا فى مصر وتوفى أحدهما وترك الآخر، ففى هذه

الحالات قد يكون القانون الواجب تطبيقه قانوناً أجنبياً أو قانوناً وطنياً ، فإذا كان القانون المصرى هو الواجب تطبيقه فلا وجه للدفع بالنظام العام معه، وفى الحالة الأخرى التى يجب فيها تطبيق قانون أجنبى " قانون المورث" هنا يأتى الحديث عن الدفع بالنظام العام، ولكن الأمر يحتمل أحد فرضين : الأول : أن يكون الزوج الباقى على قيد الحياة مصرياً وقد يكون أجنبياً ففى الفرض الأول وحيث يكون الوارث [الزوج الباقى على قيد الحياة] مصرياً فإن النظام العام يتدخل بصورة شاملة فى أى تعارض بين هذا القانون الواجب تطبيقه وبين أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بأن كانت الوارثة زوجة وكان القانون الأجنبى " قانون المورث " لا يعطيها شيئاً من الميراث أو يعطيها كل التركة وأعتقد أن هذا مما لا ينبغى الخلاف عليه، وأن المقنن قد استثنى من قوانين الزواج الحالة التى تكون الزوجة أو الزوج فيها مصرياً ليتم إعمال القانون المصرى وحده، فإن لم يفعل هذا فى المواريث اعتماداً منه على الدفع بالنظام العام المنصوص عليه فى المادة 28 من القانون المدنى، وهذا ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية فقد قضت بأنه : " يدل النص فى الفقرة الأولى من المادة 875 مدنى والمادتين الأولى والرابعة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943م على أن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين، داخلاً فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم " (1)

---

(1)الطعن رقم 138 لسنة 62 قضائية – أحوال شخصية – جلسة 11 / 3 / 1996م المستشار/ حسن منصور المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية – دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية – 1997م – صـ147 .

وقضى أيضاً بأنه إذا كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص قطعية الثبوت والدلالة وبيَّنها القرآن الكريم بياناً محكماً ... فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة فى ضمير المجتمع بما يمتنع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان ومن ثم يكون لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء فى صورة دعوى مبتدأة أو فى صورة دفع "[1] ومن هنا فإن قيام القانون الأجنبى على أية مخالفة لأحكام القانون فى المواريث يقتضى إعمال الدفع بالنظام العام ومن ثم استبعاد المخالف منه حيث إن الوارث هنا من الزوجين مصرى ومسلم . ولئن لم يفلح الدفع بالنظام العام هنا فقد تفرغ من معناه وصلته فهو فى الأصل لصيق بوجود عنصر وطنى فى أى علاقة من باب أولى .

أما إذا لم يكن فى العلاقة مصرى وكانت بين مسلمين وتوفى أحدهما وترك الآخر، فإن قانون المورث الذى ينطوى على إهدار لموانع الإرث كأن يبيح توريث الزوج القاتل لزوجته من تركتها ، فإن الفقه المصرى متفق على اعتبار مخالفة القانون الأجنبى لأحكام موانع الميراث وشروطه فى القانون المصرى [الشريعة الإسلامية] مخالفة تقتضى استبعاده دفعاً بالنظام العام .[2]

(1)الطعن رقم 138 لسنة 62 قضائية – جلسة 11 / 3 / 1996م – المحيط ...... صـ147 .

(2)انظر فى الفقه المصرى : د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون الدولى ..... صـ322، د/ أحمد سلامه – علم قاعدة ..... صـ946، 947، د/ محمد كمال فهمى – أصول .... صـ569، 570، د/ جابر عبد الرحمن – تنازع ...... صـ456، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون .... صـ243، د/عكاشة=

أما حيث يكون اختلاف القانون الأجنبى عن القانون المصرى منحصراً فى بيان مراتب الورثة أو تحديد أنصبتهم أو قواعد الحجب والحرمان فهل يعد هذا القانون بهذه المخالفة متعارضاً مع النظام العام المصرى ؟

فلو كان القانون المعنى يجعل نصيب الزوج الباقى على قيد الحياة أقل أو أكبر مما هو محدد فى أحكام الشريعة الإسلامية سار خلاف فى الفقه والقضاء بخصوص تطبيق القانون التركى على مواريث الأتراك فى مصر على عهد المحاكم المختلطة، فقد ذهب اتجاه فى الفقه المصرى تسانده بعض أحكام القضاء إلى أن مثل هذا الاختلاف لا يمثل خرقاً للنظام العام المصرى .[1] ذلك لأن النظام الاجتماعى المصرى لا يمكن أن يتأثر لأن بنت المتوفى حصلت على نصيب مواز لنصيب ابنه وليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية فى أن تفرض على البنت نصف نصيب الولد، كما أن قاعدة الذكر مثل حظ الأنثيين ليست آمرة لأن الشريعة أباحت خرقها بالوصية، وتجاوز المقنن المصرى عنها بالنسبة لغير المسلمين، كما أن قاعدة المساواة بين الذكر والأنثى مقررة فى عامة التشريعات الوضعية فلا يمكن للقضاء المصرى مع ذلك أن يستبعد كافة القوانين[2] وقد قضت محكمة مصر الابتدائية بأن : " مجرد الاختلاف فى الأنصبة ما بين

= عبد العال – دراسات .... الإمارات ... صـ256، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ..... صـ445 .

(1)القول بهذا الاتجاه د/ حامد زكى – مواريث الرعايا الأتراك ...... صـ650 وما بعدها ويسانده ويتابعه د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول تنازع القوانين 2004 – 2005م – صـ267، 268، د/ هشام صادق تنازع القوانين ..... صـ627، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون ..... صـ243 .

(2)د/ حامد زكى – مواريث الرعايا الأتراك – صـ650، 651 .

القانون الأجنبى والقانون المصرى لا يجعل من الأول مخالفاً للنظام العام فى مصر وأن القول بتطبيق القانون المصرى فى هذه الحالة من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة فى المادة 17 مدنى خاصة وأن أحكام الشريعة تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص نصيبهم .... بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية " (1)

ويمكن أن يضاف إلى فقه هذا الاتجاه ما يقرره القانون الإيرانى من توريث (2) الزوجة من المنقولات فقط وعدم توريثها من العقارات، ولاشك أنه مخالف لأحكام القانون المصرى الذى جعل المرأة وارثة من المنقولات والعقارات . فما يقرره القانون الإيرانى وطبقاً للاتجاه المائل لا يخالف أحكام القانون المصرى خاصة وأن هناك عرفاً فى المجتمع المصرى وفى بعض المناطق الجغرافية على توريث المرأة كنهج القانون الإيرانى . (3)

وعلى النقيض من الاتجاه السابق قام اتجاه فى الفقه المصرى رافضاً ما انطوى عليه فقه الاتجاه الأول (4) فاختلاف القانون الأجنبى عن القانون المصرى فى تحديد مراتب الورثة يرتطم باعتبارات النظام العام المصرى

---

(1)فى 4 نوفمبر 1952م القضية رقم 177 لسنة 1951م وقد أشار إليها د/ عز الدين عبد الله – اتجاهات القضاء فى تطبيق قواعد الإسناد فى مواد الأحوال الشخصية – مجلة القانون والاقتصاد – السنة 24 – صـ89 .

(2)سبق بيانه فى موضع سابق فى الفصل الأول من الباب الثانى .

(3)وخاصة فى المناطق الريفية التى تغلب فيها قواعد العرف والعادة على أحكام الدين أحياناً .

(4)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة التنازع – صـ949، 950، د/ محمد كمال فهمى – أصول ..... صـ570، د/محمود صلاح الدين مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ...... صـ451، د/ عز الدين عبد الله اتجاهات القضاء .... صـ949، د/ عكاشة عبد العال – دراسات .... صـ256، 257 .

لثبوت عدم التسوية بين الذكر والأنثى عملاً بدليل قاطع فى الإسلام . وذلك لأن النظام العام فى مصر فى خصوص الأحوال الشخصية قائم على الشريعة الإسلامية . (1)

وقد سارت محكمة النقض المصرية على هذا الاتجاه، فمن ذلك قضاؤها بأن : " محكمة الموضوع لم تخالف القانون حين استبعدت أحكام القانون الفرنسى فى شأن توزيع تركة فرنسية مسلمة وطبقت أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث المستقاة من القرآن الكريم، وذلك بأن أحكام المواريث الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة الإسلامية تعتبر فى حق المسلمين من النظام العام فى مصر، إذ هى وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبى عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتخلى عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث فيها من المسلمين " (2) والواقع

---

(1)د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ ..... صـ450 .

(2)نقض 27 مايو 1964م – مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى – س 15 – العدد الثانى – صـ727 نقلاً عن د/ كمال فهمى – أصول – صـ570 . و د/ أحمد سلامه – علم .... صـ949، 950، وانظر أيضاً مجموعة الأحكام الصادرة عن قضاء النقض حديثاً تأيد لهذا الاتجاه وخاصة الطعن رقم 1392 لسنة 50 ق أحوال شخصية جلسة 135 فى يوم 5 / 2 / 1984م السنة 35 ع 1 قاعدة رقم 75 صـ380 . الطعن رقم 44 لسنة 40 قضائية جلسة 29 / 1 / 1975م السنة 25 ع 1 صـ284، الطعن رقم 56 لسنة 52 ق جلسة 14 / 6 / 1983م – السنة 34 ع 2 قاعدة رقم 281 صـ1429، الطعن رقم 203 لسنة 62 ق جلسة 25 / 3 / 1996م، انظر المستشار / حسن منصور – المحيط ..... صـ139 وما بعدها .

أن هذا الاتجاه هو الراجح [1] والقول بغيره إنما ينطوى على حكم بالهوى، وأن الحجج التى ساقها أصحاب الاتجاه الأول واهية، كما أن العرف المذكور فى المجتمع المصرى عرف فاسد لا تعويل عليه لأنه يعارض نصوصاً قاطعة، كما أن تحديد نصيب الزوج والزوجة من الميراث محل إجماع من الفقهاء [2]

الفرع الثانى

إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة .

من المتصور أن يكون الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة ولا يقبل العكس، سواء فى ذلك أكان أحدهما وطنياً أم لا، فقد يتزوج مسلم سعودى من فرنسية نصرانية، أو يتزوج مسلم أمريكى من بريطانية نصرانية أو يهودية ويموت أحدهما ويعرض تقسيم التركة على القضاء المصرى، والمعلوم أن القوانين الغربية كالقانون الفرنسى لا يقيم وزناً فى المواريث لاختلاف الدين بين الزوجين، فلو كان القانون المشار إليه طبقاً لقاعدة الإسناد بالمادة 17 مدنى مصرى تشير إلى قانون أجنبى يورث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة أو يورث الزوجة غير المسلمة من زوجها المسلم، فإن الدفع بالنظام العام يكون فى محله، وذلك محل اتفاق بين فقهاء القانون فى مصر . [3]

---

(1)انظر فى ترجيحه د/ أحمد سلامه – علم قاعدة ...... صـ949، 950، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ صـ451

(2)انظر فى هذا الإجماع – ابن المنذر – الإجماع .... بند 289، 290، 291، 292 – صـ67

(3)د/ جابر عبد الرحمن – تنازع .... حيث يشير إلى المادة 6 من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943م والتى تقول : " لا توارث بين مسلم وغير مسلم " – صـ456 .–

وعلى مثله قضت محكمة النقض المصرية وذلك بمناسبة دعوى مرفوعة من لبنانية مسيحية ضد ورثة زوجها اللبنانى المسلم وقالت المحكمة : " بأن اختلاف الدين يعد مانعاً من موانع الميراث " ولئن كانت مسائل المواريث – تخضع لنص المادة 17 مدنى مصرى وهو القانون اللبنانى إلا أن ذلك مشروطٌ بعدم مخالفة النظام العام والآداب فى مصر وفقاً لما تقضى به المادة 28 مدنى مصرى، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم أن المتوفى لبنانى الجنسية فيكون القانون اللبنانى هو المرجع فى تحديد ورثته ولما كانت المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون المواريث رقم 77 لسنة 1943م أن اختلاف الدين من موانع الميراث وهى بدورها من القواعد الأساسية التى تستند إلى نصوص قاطعة فى الشريعة الإسلامية وبالتالى تدخل فى نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق قانون آخر قد يأتى بحكم مخالف لها فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بغير ذلك فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه " [1]

=د/ عكاشة عبد العال – دراسات ..... صـ256، د/ أحمد سلامه – علم ..... صـ947، د/ عز الدين عبد الله – القانون الدولى الخاص – ط 6 – جـ2 – بند 112، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون ... صـ322، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ صـ445

(1)مجموعة أحكام النقض 1979م – الطعن رقم 10 لسنة 48 أحوال شخصية السنة الثلاثون – صـ722 وما بعدها، نقلاً عن د/ أحمد سلامه – علم صـ948

الفرع الثالث

إذا كان الزوجان غير مسلمين وأحدهما مصرياً .

لو كان المورث المتوفى مصرياً فلا إشكال لأن القانون المعنى هنا هو القانون المصرى ولا حديث عن النظام العام . ولو توفى أحد الزوجين وكلاهما من غير المسلمين وكان الباقى منهما على قيد الحياة مصرياً ، فإن كان قانون المورث الأجنبى هو الواجب تطبيقه هنا ، فإن الدفع بالنظام العام يتمثل فى مصلحة هذا الوطنى فكلما شكل القانون الأجنبى الذى عينته قاعدة الإسناد اعتداءً على نصيب الطرف المصرى أو إنقاصاً له عن مثيله فى القانون المصرى، أو حرماناً من الإرث، فإن الدفع بالنظام العام ومن ثم استبعاد القانون الأجنبى يكون محل اعتبار وقيام الدفع بالنظام العام على المصلحة الخاصة بالوطنى ركيزة أساسية فى تكريس القانون لهذا الدفع، ولا يتعارض معيار المصلحة هذا مع أحكام القانون . [1] وذلك مع مراعاة أن قانون المواريث المصرى هو قانون ذلك الوارث غير المسلم نظراً لتوحيد الاختصاص القانونى الداخلى بمسائل المواريث بين المسلمين وغير المسلمين، وأن الشريعة الإسلامية هى المعول عليه فى تحديد الوارثين ومقدار ما يرثون فى مصر .

---

(1)وخاصة المادة السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943م والتى تقضى فى عجزها قائلة : " ولا يمنع اختلاف الدار بين غير المسلمين [من الميراث] إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبى عنها، وكذا المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1944م " على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى " الوقائع المصرية فى 27 مارس سنة 1944م – العدد 38 .

الفرع الرابع

إذا كان الزوجان غير مسلمين وأجنبيين

إذا كان الزوج والزوجة كلاهما غير وطنى، ولا يدينون بالإسلام، وكان لهما بمصر صلة إقامة أو كانت مصر هى موقع العقار (إذا انصب الميراث على عقارات)، ولجأ أحد الزوجين إلى القضاء المصرى طالباً نصيبه فى الميراث من زوجه المتوفى، وكان القانون الواجب تطبيقه قانوناً أجنبياً، فما هو معيار مخالفته للنظام العام المصرى هنا ؟

فى الواقع أن معيار الدفع بالنظام العام فى الصورة الماثلة فى مصر لا يخرج عن ذات الإطار الذى يعمل به فى كافة الدول المتمدينة . [1]

ويمكن وضع معيارين للدفع بالنظام العام فى ميراث الزوجين فى الصورة الماثلة :-

<u>الأول</u> :- يستبعد القانون الأجنبى الذى عينته قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان يقيم تفرقة فى الميراث على أساس اللون أو الجنس أو الأصل العرقى [2]

فمن قبيل الأسس التى تبنى على اعتبار اللون، التفرقة فى الميراث بين البيض والسود ، ومن قبيل الأسس التى تقوم على الجنس التمييز بين

---

(1)كما هو المعيار فى فرنسا مثلاً وقد سبق عرضه تفصيلاً .

(2)وهو محل اتفاق لدى الفقه : د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول .... صـ267 ،د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال – دراسات .... صـ256، د/ أحمد سلامة – علم .. صـ947، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون .. صـ243، د/ جابر عبد الرحمن – تنازع ... صـ456، د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ .. صـ445

الورثة بسبب الذكورة والأنوثة كحرمان البنات من الميراث أو جعل الميراث كله للذكور أو الابن الأكبر، ومن قبيل الأسس العرقية التمييز بسبب الأصل العرقى كالتمييز بين الأصول والمهاجرين، أو التمييز بين الأصول الغربية والإفريقية .

الثانى : وبمقتضى هذا المعيار يستبعد القانون الأجنبى الذى أرشدت إليه قاعدة الإسناد مادام أن الزواج الذى تم فى ظلاله كان باطلاً بطلاناً مطلقاً بمقتضى الشريعة الإسلامية بذات التحديد الذى قرره الفقهاء فى منع توريث غير المسلمين بالأنكحة الباطلة بطلاناً مطلقاً[1] كزواج المثلين، أو الزواج بالمحارم كالأم والأخت والبنت، فقد قرر الفقهاء منع التوارث عن مثل هذه الأنكحة، وذلك رعاية للكرامة الإنسانية بصرف النظر عن الدين والمعتقد، وبالحق فهذا واجب الإعمال فى مصر . ومن ثم استبعاد القانون الأجنبى، وإعمال القانون الوطنى طبقاً للراجح من مذهب أبى حنيفة والذى وكما سبق يمنع التوريث من مثل هذا النكاح، وإنما أجاز أبو حنيفة التوارث من الأنكحة الفاسدة فى ابتدائها مثل الزواج فى العدة والزواج بدون شهود وبدون ولى وقد سبق بيان ذلك بالتفصيل . ويصح أن يطلق على هذا المعيار، معيار المساس بالكيان الإنسانى وكرامته .[2]

---

(1)وقد سبق الحديث عن ذلك عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق على المواريث .

(2)ويفهم من هذا قول الفقه المصرى باستبعاد القانون الأجنبى الذى يقضى بتوريث القاتل لمورثه، واستبعاد القانون الأجنبى الذى يورث ابن الزنا من أبيــه، وتوريــث الابــن الطبيعى أو بالتبنى من المتبنى . انظر فى الفقه المصرى : د/ جابر عبد الــرحمن – تنازع .... صـــ456، د/ إبراهيم أحمد – القانون .... صـــ243، د/ هشام صادق – الموجز .... صـــ284، د/ أحمد سلامه – علم قاعدة ... صـــ947، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول ... صـــ267 د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال – مبادئ .... صـــ445، 446

إن الفوارق بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى المسألة المعروضة آنفاً قليلة وتكاد تكون معدومة أو عديمة وذلك بسبب أن القانون فى مسائل المواريث هو الشريعة الإسلامية، ولما كانت أحكام المواريث كلها مبنية على أحكام المواريث فى الإسلام فلا يوجد من ثم فوارق بين القانون والفقه الإسلامى فى هذا المجال، ويمثل الدفع بالنظام العام مع التفعيل المعروض فى المطلب الثانى وفى الصور الأربع المعروضة تحديد طيب للدفع بالنظام العام فى مجال المواريث عامة، وفى مواريث الزوجين خاصة، فمتى كان الزوجان مسلمين فأى مخالفة قانونية من القانون المشار إليه بقاعدة الإسناد يمثل خرقاً لقواعد المواريث فى الإسلام المحكمة وبالتالى يدفع فى مواجهته بالنظام العام الذى يمنع من ثم إعماله، وكذلك إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة تغليباً لأحكام الإسلام كما هو المنهج المتبع لدى الفقه الإسلامى فى تغليب تطبيق الشريعة على أى علاقة فيها طرف مسلم، أما الحالة التى يكون فيها كلا الزوجين من غير المسلمين ولكن أحدهما مصرياً، فإن المصلحة هى المعيار فى الحالة الماثلة فإذا ما كان القانون الأجنبى الذى عينته قاعدة الإسناد يضر بحقوق الطرف المصرى ضرراً كبيراً امتنع القاضى المصرى عن إعماله وإعمال أحكام المواريث فى الشريعة الإسلامية .

وفى الحالة التى يكون فيها الزوجان من الأجانب غير المسلمين فإن الدفع بالنظام العام يشمل فى عدم قبول التفرقة العنصرية أو الجنسية ،وعدم قبول إهدار كيان وكرامة الإنسان .

المبحث الثانى

استبعاد القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج دفعاً بالنظام العام

قد ترشد قاعدة الإسناد إلى قانون أجنبى فى آثار الزواج فى علاقة زوجية ليس فيها طرف مصرى، وقد يأتى هذا القانون المسند إليه متعارضاً مع النظام العام فى مصر فما هى مكنة الدفع بالنظام العام فى آثار الزواج؟

وأقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول

فى القانون المصرى .

فى الواقع أن المقنن المصرى بنصه على الاستثناء المقرر لصالح القانون المصرى فى منازعات الزواج بالمادة 14 من القانون المدنى، قد قلل من فرص استخدام الدفع بالنظام العام حيث إنه غالباً لا تخلو العلاقة فى آثار الزواج من طرف مصرى [زوجاً أو زوجة]، وهذا أيضاً ما جعل الفقه المصرى فى غالبه يعزف عن الحديث عن الدفع بالنظام العام فى آثار الزواج [1] بل إن بعض الفقه ليعترض على هذا الاستثناء بالمادة 14 قائلاً فإن

---

(1)انظر على سبيل المثال : د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون .... صـ269 وما بعدها، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد – أصول ...... صـ212 وما بعدها، د/ أحمد سلامه – المختصر فى العلاقات الخاصة الدولية – صـ249 وما بعدها .

فى الدفع بالنظام العام ما يغنى عنه [1]

ولكن يبقى للدفع بالنظام العام مجالٌ فى آثار الزواج التى ينظمها قانون الزوج وقت الزواج مادام كان قانوناً أجنبياً وتعارض مع النظام العام والآداب فى مصر ومن هذا القبيل أن يعفى ذلك القانون من تجب عليه النفقة [الزوج أو الزوجة] من دفعها للطرف الآخر رغم توافر شروط وجوبها أو إذا ما كان هذا القانون لا يعترف عند تقدير النفقة بظروف يسر أو افتقار الدائن والمدين بها، أو إذا ما كان يعفى أى من الزوجين من مساكنة الآخر، أو من واجب الطاعة قبل الآخر . [2]

وعلى كل حال فالالتزام بالنفقة على سبيل المثال أوجبه أبو حنيفة حتى رغم بطلان الزواج، ومن ثم فإن احتمالات الدفع بالنظام العام فى مواجهة آثار الزواج قليلة، ويمكن وضع معيار للنظام العام فى آثار الزواج بأنه كل حالة تشكل مساساً بكرامة أو حرية أو إنسانية الزوجين وذلك بعيداً عن التقيد بقيود دينية أو مذهبية أو سياسية . ويستثنى من هذا أيضاً القانون الأجنبى الذى يجيز الزواج بين المسلمة وغير المسلم وذلك بإدخالها

---

(1)د/ هشام صادق، د/ عكاشة، د/ حفيظة – القانون : حيث يقول : " وعلى هذا النحو يبدو لنا أن المشرع جانبه التوفيق فى المادة 14 مدنى فقد رأينا أن فكرة النظام العام كانت كفيلة فى ذاتها لإدراك الغاية التى حاول المشرع تحقيقها من خلال المادة المذكورة، بل إن النص المتقدم يقف عاجزاً عن تحقيق الهدف المتطلب فى فروض أخرى لا يتأتى إدراكه فيها بغير وسيلة النظام العام – صـ294 .

(2)انظر : د/ أحمد سلامه – علم قاعدة .... صـ825، 826، 827، د/ جمال الكردى – دروس فى القانون الدولى الخاص – النظرية العامة للقانون الدولى – تنازع القوانين – ط 2 – 1998، 1999م – صـ332 .

فى طاعته جبراً كالقانون التركى، أو الذى يجيز زواج المتعة كالقانون الإيرانى (1)

ولا يعد القانون الذى يجعل من الالتزام بالنفقة التزاماً تبادلياً مخالفاً للنظام العام فى مصر حتى ولو كان فى العلاقة طرف مسلم وهو ما تأخذ به عامة القوانين الغربية، ذلك أن تقنين النفقة على هذا النحو تدخل ضمن منظومة كاملة لا يصلح فصلها وإلا تهدم بنيان العلاقة ذاته .

موازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى

إن الناظر للدفع بالنظام العام فى مجال آثار الزواج يجده قليل الفعالية فى كل من الفقه الإسلامى والقانون المصرى، فإذا كان القانون المصرى لم يلق بالاً للدفع بالنظام العام فى مجال آثار الزواج نظراً للاستثناء الذى وضعه ضمانة لرعاية الطرف المصرى أو على الأخص الزوجة المصرية، فإن الفقه الإسلامى لم يكترث طويلاً بالدفع بالنظام العام فى مجال آثار الزواج ويرجع ذلك أن الفقه الإسلامى قد توسع فى المجال المسموح به فى إعمال شرائع غير المسلمين فى مجال أحوالهم الشخصية هذا من جانب؛ ومن جانب آخر فعند لجوء غير المسلمين إلى القاضى المسلم فإن هذا القاضى سوف يعمل فيما بينهم أحكام الشريعة الإسلامية حسماً لما بينهم فى آثار الزواج، وبالتالى فالتمسك بالدفع بالنظام العام يكون غير ذى بال .

---

(1)د/ أحمد سلامه – علم قاعدة .... صـــ826، 827، د/ جمـال الكـردى – دروس ...... صـــ332 .

المطلب الثانى

الدفع بالنظام العام فى آثار الزواج فى فرنسا .

يعد النظام العام ضرورياً بالنسبة للعلاقات الشخصية للزوجين حيث يحتج به على تطبيق القوانين التى تعفى الزوجين من الالتزام بالمعاشرة، أو برفض تقرير نفقة للزوجة، أو برفض إلزام الزوجة بمتابعة الزوج كما أن القانون الذى يقرر الالتزام بالمعاشرة الزوجية مع العديد من الزوجات يتعارض فى فرنسا مع النظام العام (1) فقد صدر عن المحكمة الجزئية فى فرنسا حكمٌ يقرر أن الزوج لا يستطيع أن يفرض على زوجته الأولى وجود الزوجة الثانية فى منزل الزوجية وذلك لمخالفة النظام العام الفرنسى (2)

ولا يشكل العيش بصفة مؤقتة مع الزوجة الأولى تعارضاً مع النظام العام وذلك مادام قد تم بإرادة الزوجة الأولى وقبلت إقامة الزوجة الثانية هى وأولادها القصر معها (3) والواقع أن الدفع بالنظام العام هنا لم يأت لأن الالتزام بالمساكنة أو المعاشرة مخالفٌ للنظام العام فى فرنسا، ولكن جاءت هذه المخالفة من ناحية الزواج الثانى نفسه الذى يعد فى فرنسا مخالفاً للنظام العام، فالنظام العام يلعب دوراً حيوياً : فلا أثر للزواج

---

(1)انظر لك فى :

Mayen (p) ‹DRoit ‹international PRive ‹Montchrestien ‹6E EditioN. 6e ed 575 بند

(2)انظر فى الحكم المشار إليه :-

mamn 1965 ‹J . D . 1 . 1966 ‹NOTE PONSAND .

(3)انظر

- C . E ASS . LLJUI 11 . 1985 ‹Rev . cnit . 1981 . 658 .

الثانى يمكن أن يمارس رغم إرادة الزوجة الأولى وإنها تستفيد بصفة خاصة بمفردها من النفقة الزوجية .[1]

ومن جهة أخرى فالنظام العام يتدخل غالباً بالنسبة للأعمال المخالفة للأخلاق والآداب والثوابت الديمقراطية كالزواج المضر " المتعدد " أو القسمة غير الشرعية وذلك مقارنة برفض القيام ببعض الأعمال كرفض الطلاق[2] ويقول البعض[3]

" بأن الطابع المعنوى الذى تتسم به آثار الزواج تسمح على الصعيد الدولى بتدخل النظام العام ضد قانون أجنبى يفرض على سبيل المثال حياة مشتركة مع زوجة أخرى أو يلزم الزوجة بالتنقل مع زوجها . ويقول آخر : وفى المقابل تعد القواعد الخاصة بأهلية المرأة المتزوجة متسقة مع النظام العام الفرنسى سواء تعلق الأمر بالقوانين الأجنبية التى سلمت بأهلية المرأة المتزوجة الكاملة قبل عام 1938م أو القوانين التى استمرت منذ هذا التاريخ فى الاعتراف بعدم الأهلية **incapcire** وخارج النظام العام ينبغى وفقاً للمبادئ العامة لتسوية النزاعات أن ينص على تدخل **lalexfani** ،

---

(1)انظر

- C : V . INE 6 JUILL . 1988 ،Baaziz ،Rev . Rev . cnit . 1989 . 71 .

(2)انظر :

- Loussouarn (y) Droitinternational prive ، Dalloz . 5 e editernational prive ،Dalloz . 5e edition 9996

بند 254 – ص291.

(3)انظر

- BERNARD AUDIT ،DROIT international . PRive ،EcoNOmicA . ed, 199910

بند 615 – ص520

قانون القاضى عندما تخالف الأسباب فنية القواعد الأجنبية لتحل محلها مثيلتها فى القانون الفرنسى والتى تتعلق بصفة أساسية بالواجبات المتبادلة بين الزوجين والتى تتعلق باختصاص قانون القاضى الوطنى .[1]

---

(1)انظر

المرجع السابق بند 311 – ص371 Dnoit ،Lousswan (y)

- Benabent (A) Dnoit المرجع السابق بند 152 – ص135 وما بعدها

- Cass. Civ . 19 oct . 1971 ،Rev . cn . dn int . pn . 1973 ،7 onotesimon . Depitnu .

المبحث الثالث
استبعاد القانون الأجنبي
في مجال جنسية الزوجين دفعاً بالنظام العام

في الواقع أن الدفع بالنظام العام كان واسع المدى في مجال ميراث الزوجين وكان ضيقاً ومحدوداً في آثار الزواج، وإذا كان ذلك كذلك فإن في مجال جنسية الزوجين يكاد أن يكون منعدماً، حيث إن الجنسية من المجالات التي تنفرد الدولة بتنظيمها دونما تدخل من الدول الأخرى، بيد أن بعض الفقه رأى إمكان استخدام الدفع بالنظام العام وذلك بأنه : إذا كانت القاعدة أن القاضي لا يستطيع أن يقر لشخص ما التمتع بجنسية أجنبية معينة إلا إذا كان قانون هذه الجنسية يقرها له، فإن العكس غير صحيح بمعنى أنه لا يوجد ما يحول دون رفض اعتراف القاضي بتمتع الفرد بالجنسية الأجنبية بالرغم من أن قانون هذه الجنسية يقرها له وذلك إذا كان السبب الذي بنت عليه الدولة الأجنبية رابطة الجنسية لا يقوم على رابطة جدية تبرز انتماء الفرد إلى جماعتها الوطنية، أو إذا كان هذا السبب ينطوي على نوع من التحايل أو يتنافى مع النظام العام في دولة القاضي . (1)

---

(1)د/ فؤاد رياض – الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب – دار النهضة العربية 1988م – ط5 – صـ283، 284 ،، ويتابعه في ذلك : د/ سراج حسين أبو زيد – محاضرات في القانون الدولي الخاص – دار النهضة العربية ببني سويف 2002 – 2003م – جـ1 – صـ335، 336 ،، وانظر قريباً منه : د/ هشام صادق – الجنسية والموطن ومركز الأجانب – المجلد 1 – منشأة المعارف بالإسكندرية – 1977م – صـ285 – ويشير : د/ عكاشة عبد العال إلى أن هذا هو رأي باتيفول ولاحارد . انظر مؤلفه القانون الدولي الخاص – الجنسية المصرية – دار الجامعة الجديدة=

ويرى البعض في تأكيده لما سبق : أن الدولة تكون في حل مما يقرره غيرها من الدول من قواعد لاكتساب أو فقد الجنسية " متى كان من شأن ذلك إثارة الاستهجان فيها " ومن ثم يحق للدولة التي أثار فيها هذا القانون نفوراً عاماً ألا تعترف بالجنسية التي بنيت عليه ومن هذا الشأن يذكر : " أن يرفض القاضي في دولة مسلمة الاعتراف بالجنسية التي منحت لمسلمة تزوجت من غير مسلم بسبب هذا الزواج " (1)

وينادي أصحاب فكرة الدفع بالنظام العام في مسائل الجنسية بضرورة الحذر وعدم الإسراف في استخدامها على النحو الذي ورد به حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية في 14 يونيه 1946م، والتي تتحصل وقائعها في أن امرأة سويسرية كانت متزوجة في يولية 1945م من ألماني مهاجر جرد من جنسيته لكونه يهودياً مقيماً في الخارج وطرح النزاع أمام القضاء السويسري حول احتفاظ هذه الزوجة بجنسيتها السويسرية أو فقدها لجنسيتها بهذا الزواج، مع العلم بأن القانون السويسري الصادر في نوفمبر 1941م [م 5] يرتب على زواج المرأة السويسرية من أجنبي زوال الجنسية السويسرية إلا إذا ترتب على هذا الزواج وجودها في وضع عديم الجنسية، وقد رأت المحكمة السويسرية أن المرأة فقدت جنسيتها بهذا الزواج وذلك حتى لا تعترف بالقرار الصادر من السلطات الألمانية في 25 نوفمبر 1941م بسبب قيامه على عنصرية مفرطة

=بالإسكندرية – 1996م – هامش 101 – صـ95 . وقد أشار أيضاً إلى د/ فؤاد رياض، ود/ هشام صادق ولاحقاً إلى د/ عنايت عبد الحميد ثابت – هامش 102 – صـ96 .

(1)د/ عنايت عبد الحميد ثابت – مبدأ القول في أصول تنظيم علاقة الرعوية 1990م بند 120 – صـ119، وقد أشار إليه أيضاً : د/ عكاشة عبد العال – القانون ..... هامش102 – صـ96 .

يمثل تجاوزاً كبيراً لمبدأ المساواة أمام القانون الذى يجب أن يسود بين جميع المواطنين وأن الاعتراف بالقانون الألمانى هذا مساسٌ بالنظام العام السويسرى . [1]

ولكن هل يمكن للقاضى المصرى أن يتمسك بالدفع بالنظام العام فى مسائل الجنسية المتعلقة بقانون أجنبى ؟

فى الحقيقة وعلى ما يقول به بعض الفقه : أن استبعاد القانون الذى بنيت عليه الجنسية الأجنبية لا يتم أبداً بالتطبيق لقانون دولة القاضى، وإنما يتم وحسب على أساس أن القانون الأجنبى للجنسية مخالف لأحكام القانون الدولى العام، فالقانون الدولى العام وحده هو الذى يعطى للسلطات العامة فى الدولة حق تحديد عنصر السكان فيها، والقول بغير ذلك يعنى اعتداء صارخاً على حق كل دولة من الدول فى تنظيم مادة جنسيتها . [2]

ويمضى قائلاً : فإذا اكتسبت امرأة مسلمة الجنسية الفرنسية على أثر زواجها من مسيحى فرنسى، فإن اعتراف القاضى المصرى بهذه الجنسية والمفترض أنها لا تثار أمامه إلا فى صورة مسألة أولية – أمر يفرضه القانون الدولى العام ولاشك أن امتناع القاضى المصرى عن الاعتراف بهذه الحقيقة بالمخالفة لأحكام قانون دولتها يمس بحق المشرع الفرنسى فى تنظيم جنسيته، ويقتصر دور القاضى المصرى على رفض

---

(1)بند 143 Bernard Dutoit مشار إليه لدى د/ هشام صادق، د/ عكاشة، د/ حفيظة .... القانون ... 94، باتيفول، ولاجارد – صـ160 مشار إليهما لدى : د/ هشام صادق، د/ عكاشة، د/ حفيظة – القانون .... صـ95 .

(2)د/ عكاشة عبد العال – القانون الدولى .... صـ99، 100، د/ هشام صادق، د/عكاشة، د/ حفيظة – القانون .... صـ97، 98 .

تطبيق قانون الجنسية الذى تحدد اختصاصه بمقتضى قواعد الإسناد متى كان مخالفاً للنظام العام فى مصر . [1]

وقد يبدو هذا واضحاً من مطالعة قانون الجنسية المصرى الذى نص فى المادة 2/12 على الاعتراف بالزواج الباطل الذى تتزوج به مصرية بالمخالفة لأحكام القانون المصرى حيث قرر المقنن أنها تظل مصرية من جميع الوجوه ومع ذلك يجوز بقرار من وزير الداخلية اعتبارها فاقدة للجنسية إذا كانت قد اكتسبت جنسية زوجها الأجنبية بالفعل . [2]

ولكن يبقى مع ذلك الفرض الذى تكون فيه هذه الزوجة مسلمة ومصرية وتزوجت من أجنبى غير مسلم، حيث إن صلة القانون المصرى بها مؤكدة، وأن عدم الاعتراف بهذا الزواج ومن ثم آثاره على الجنسية لمخالفة النظام العام المصرى له ما يبرره فى هذه الحالة . [3]

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى

إن جوهر الجنسية مختلف فى الفقه الإسلامى عنه فى القانون المصرى، فإذا كانت الجنسية فى القانون المصرى علمانية مستمدة من القوانين الغربية فإن الجنسية فى الفقه الإسلامى قائمة على أسس دينية وواقعية هذا من جهة، ومن جانب آخر فإن الفقه الإسلامى قد يستبعد

---

(1)د/ عكاشة عبد العال – القانون .... صـ100 .

(2)د/ عكاشة عبد العال – القانون .... صـ102 .

(3)ولعل هذا يتفق مع فقه د/ أحمد سلامه الذى يرى أنه يحق للقاضى أن يرفض الاعتراف بالجنسية الأجنبية فى حالتين : أحدهما : إذا كانت الجنسية هذه مبنية على غير أساس جدى، والثانية : إذا كان صاحب الجنسية له الجنسية المصرية، وفى هذه الحالة الأخيرة معنى قريب من فقه الدكتور/ أحمد سلامه – المبسوط ...... – بند 1267 – صـ931، 932 .

القانون الواجب تطبيقه سواء قانوناً داخلياً أو أجنبياً، وأن الفقه الإسلامى لا يقيم وزناً لقانون الجنسية إذا كان الشخص المعنى مسلماً زوجاً كان أو زوجة فالقانون الواجب تطبيقه دائماً هو الشريعة الإسلامية .

والقانون الأجنبى مستبعد فى حق المسلم ولا اعتراف بالجنسية الأجنبية التى تُمنح لمسلم فى مجال إعمال القانون على هذا الشخص، كذلك الرجل أو المرأة الذى يسلم منهما لاحقاً فإن قانونه القديم يستبعد لأن القانون الواجب تطبيقه حينئذ هو الشرع الإسلامى .

وهذه دعوة للمقنن المصرى أن يراجع تقنين الجنسية المصرى وأن يضفى عليه الطابع الإسلامى، خاصة وأن مصر بلد إسلامى، وغالب سكانها مسلمون وهذه حقيقة قد تم تجاهلها لعقود طويلة تأثراً بثقافة وفكر الاستعمار الذى لاتزال سمومه فى دمائنا .

الفصل الثالث

التخلى عن نظر الدعوى وأثره على الاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية وكفالة حق التقاضى فى إطار آثار الزواج

ويشتمل على ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : رفض التخلى .

المبحث الثانى : الاتجاه القابل بالتخلى .

المبحث الثالث : نقد وتقييم الاتجاهين السابقين .

التخلى عن نظر الدعوى وأثره على الاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية وكفالة حق التقاضى فى إطار آثار الزواج[1][2]

تمهيد : إن تخلى القاضى الوطنى عن نظر دعوى فى آثار الزواج بين زوجين من الأجانب، قد يؤثر على الاختصاص القضائى الدولى، ومن ثم

---

(1)سبب دراسة هذا الموضوع فى البحث ومدى تعلقه بالبحث ؟

جـ:

1- على مدى البحث أكدتُ على أن القاضى المسلم لا يجوز له أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية حتى بين غير المسلمين ولما كان هذا منه تشديد على القاضى فقد رأيت أن أدرس فكرة التخلى عن نظر الدعوى كمخرج للقاضى من هذا الحرج حيث إنه محكوم بقوانين وحتى لا يتهم بإنكار العدالة وذلك فى عدة مواضع من هذا البحث هى صـ 16 وتحت عنوان : الاتجاه الثالث : التوقف وبالتالى يجوز للقاضى التخلى عن الدعوى . وفى صـ 231 – 232 وتحت عنوان : توريث الاجانب عن طريق القضاء الإسلامى . وفى صـ 317 : وتحت عنوان : القاضى وإعمال القانون المسند إليه .

2- إن هذه المسالة مرتبطة بموضوع البحث من الناحية الفقهية والقانونية ، فمن الناحية الفقهية لارتباطه بموضوعات البحث الثلاث فقهياً وللفقهاء فيه أقوال بمناسبة هذا الموضوع وكذا من الناحية القانونية .

3- إن هذه المسألة لم تأخذ ما تستحقه من الدراسة الأكاديمية وهى فكرة طيبة تصلح لبناء دراسة علمية كاملة عنها فأنصح الباحثين إلى دراستها دراسة معمقة ومتخصصة .

(2)مصطلح التخلى والذى يفيد فى اللغة الترك – لسان العرب لابن منظور – جـ 14 – صـ239 ،، مختار الصحاح للرازى – جـ 1 – صـ79 ،، المعجم الوجيز 1995م – صـ209، 210، وهو مصطلح درج عليه لسان القانون الدولى الخاص، وهو يفيد ترك القاضى للدعوى، ويقابله فى لغة الفقه الإسلامى تخيير القاضى

يترك أثراً على تنفيذ الأحكام الأجنبية المراد تنفيذها على التراب الوطنى، وقد يؤدى فى النهاية إلى إنكار العدالة المكفولة بمقتضى العهود والمواثيق الدولية [1] ويؤدى إلى الانتقاص من حالات الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية [2].

ومن هذا الارتباط بين موضوع التخلى عن نظر الدعوى وبين آثار الزواج من ناحية ، والاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية وكفالة

---

(1)فمن ذلك ما نصت عليه المادة الثامنة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان عام 1948م بقولها : " لكل شخص الحق فى أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال اعتداء على الحقوق الأساسية التى منحها له القانون " كما نصت المادة 14 من الاتفاقية الدولية للحقوق السياسية والمدنية التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966م على أن : " جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء لكل فرد الحق .... وفى محاكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة " وعلى مثله نص الدستور المصرى فى المادة 68 . انظر بالتفصيل المناسب : د/ محمد فتحى عثمان – حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانونى الغربى – ط 1 عام 1402هـ / 1982م – دار الشروق – صـ128 .

وفى الفقه الغربى انظر :-

- London ،(G . L .) the Italian – lebal system . Gertoma . ed 1985 ، p 108 .

(2)حيث تختص المحاكم المصرية بمنازعات الزوجية طبقاً للمعايير التالية :

1) متى كان الزوج أو الزوجة مصرياً ومدعاً عليه .

2) متى كان أحد الزوجين أجنبياً متوطناً أو مقيماً فى مصر ومدعا عليه .

3) متى كان أحد الزوجين مدعى مصرى الجنسية أو متوطن بمصر، وكان القانون المصرى واجب التطبيق،أو المدعى عليه غير معلوم له موطن فى الخارج .

4) إذا نشأت الزوجية أو كانت واجبة التنفيذ فى مصر .

5) فى حالة خضوع الزوجين لولاية القضاء المصرى إختيارياً

حق التقاضى من ناحية أخرى كان هذا الارتباط سبباً مرجحاً لأن أختتم دراستى هذه بهذا الموضوع .

ولكن ما مدى تأثير هذا التخلى على الاختصاص القضائى الدولى؟

وما مدى تأثيره على تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر ؟

يتضح هذا التأثير ومداه عند دراسة الاتجاهات فى التخلى وذلك فى إطار القانون الدولى الخاص والفقه المقارن وذلك فى المباحث التالية :-

المبحث الأول : رفض التخلى عن نظر الدعوى .

المبحث الثانى : قبول التخلى عن نظر الدعوى .

المبحث الثالث : النقد والتقييم للاتجاهين السابقين .

المبحث الأول

رفض التخلى عن نظر الدعوى

ويقوم منطق الاتجاه المائل على أن ضوابط الاختصاص القضائى الدولى تتعلق بالنظام العام ومن ثم يمتنع على القاضى الوطنى أن يتخلى عن هذا الاختصاص مادام كان فى حالة من حالات ذلك الاختصاص .

والاتجاه المائل يتضح منطقه من خلال عرض فقه هذا الاتجاه وتحليل آرائه وأدلته، وذلك فى إطار الفقه الإسلامى والمصرى وذلك فى المطلبين التاليين :-

المطلب الأول

فقه الاتجاه المائل .

وأعرض هنا لآراء الفقه الإسلامى بهذا الشأن ثم الفقه المصرى .

الفرع الأول

الفقه الإسلامى

حيث قام اتجاه عريض فى الفقه الإسلامى يرى أن القاضى المسلم غير مخير فى شأن الحكم بين غير المسلمين أو الإعراض عنهم وأنه ملزم بالحكم بينهم وقد قال بهذا الاتجاه جمع من فقهاء الإسلام على تفاوت بين فى مداه، إذ يراه ابن حزم : أن القاضى المسلم يحكم على اليهود والنصارى والمجوس بحكم أهل الإسلام فى كل شيء رضوا أم سخطوا تداعوا إلى القاضى المسلم أو لم يفعلوا ولا يحل ردهم إلى حكم دينهم ولا

إلى حكامهم أصلاً [1] وابن حزم بهذا فى قمة هذا الاتجاه، والحنفية [2] وأحد القولين عند الشافعية [3] و ينسب لابن عباس والحسن وعكرمة ومجاهد والزهرى والسدى وعمر بن العزيز [4] حيث قالوا بوجوب الحكم بين غير المسلمين إذا تداعوا إلى القاضى المسلم .

---

(1)المحلى بالآثار – تحقيق الشيخ / أحمد محمد عساكر – لجنة إحياء التراث العربى – دار الآفاق الجديدة – جـ 9 صـ425 .

(2)انظر : الطحاوى – مختصر اختلاف العلماء – دار البشائر الإسلامية 1996م – ط 2 – جـ3 صـ390 وما بعدها – أبى اسحاق بن عبد الرفيع – معين الحكام على القضايا والأحكام – تحقيق : د/ محمد بن قاسم بن عباد – دار الغرب الإسلامى – جـ2 صـ637 وما بعدها – الخصاف – شرح أدب القاضى – شرحه الإمام عمر بن عبد العزيز – دار الكتب العلمية – بيروت صـ495 وما بعدها – الجصاص – أحكام القرآن – تحقيق محمد الصادق قمحاوى – دار إحياء التراث العربى 1985م / 1405هـ – جـ4 – صـ87 .

(3)الأم – جـ 5 صـ50 ،، الماوردى – الحاوى الكبير جـ9 صـ306 ،، الشربينى – مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج – دار الكتب العلمية – بيروت جـ4 صـ329 ،، الكوهجى – زاد المحتاج بشرح المنهاج – جـ3 صـ244 ،، الغزالى – الوسيط فى المذهب – المجلد الخامس – صـ138 ،، القزوينى – العزيز شرح الوجيز دار الكتب العلمية بيروت – جـ8 صـ103

(4)القرطبى – الجامع لأحكام القرآن الكريم – جـ6 صـ186 – الجصاص جـ4 صـ87 ،، الرازى – مفاتيح الغيب – مجلد 6 – جـ 11 صـ242 ،، المراغى جـ4 صـ120، 121، وهو مذهب الشيعة الزيدية المرتضى – البحر الزخار – دار الكتاب الإسلامى جـ5 صـ366 .

الفرع الثانى

الفقه المصرى .

ويقوم على هذا الاتجاه فى مصر بعض الفقه، فيقوم على قمة هذا الاتجاه وفى أبعد مدى منه بالقول : بأن قواعد الاختصاص القضائى الدولى تتعلق بالنظام العام ودون تفرقة بين هذه القواعد جميعاً ، ذلك لأنها مقررة بنصوص آمرة وقد أوردها قانون المرافعات مصدرة بلفظ " تختص " الذى يفيد الوجوب، ومن ثم فهو يرفض فكرة التخلى عن نظر الدعوى وبشدة وبصورة مطلقة .(1)

ويرى فى النهاية أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة فى مسألة داخلة فى الاختصاص القضائى للقضاء الوطنى ولا يصلح اتفاق الخصوم على سلب الاختصاص من القضاء المصرى لصالح قضاء أجنبى.(2)

---

(1)د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون الدولى الخاص – الاختصاص القضائى الدولى والآثار الدولية للأحكام – الكتاب الأول – 1991م جـ2 صـ39 وما بعدها وتحت عنوان : مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائى الدولى بالنظام العام، صـ61 وما بعدها بعنوان : سلطة القاضى فى التخلى عن الاختصاص .

(2)د/ إبراهيم أحمد – القانون – صـ76، 77، 79، 81، 82، 216، 217 وبعنوان : رفض إحالة الاختصاص فى مصر. ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد – طبيعة .... صـ23 : صـ30 .

ومن القائلين بهذا الاتجاه أيضاً من قال (1): " بأن قواعد الاختصاص القضائى الدولى المصرى تتعلق من حيث الأصل بالنظام العام وكقاعدة عامة مع وجود استثناءات عليها، وأنه لا يوجد اختصاص قاصر ولا مشترك ومن ثم يصل إلى رفض فكرة التخلى عن نظر الدعوى، ولا يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة فى اختصاص المحاكم المصرية إلا فى حالات استثنائية وهى الضوابط التى بنيت على قاعدة الجنسية لضعفها ، والعقود الدولية ومسائل الأحوال الشخصية .

المطلب الثانى

أدلة هذا الاتجاه

استند هذا الفريق من الفقه الإسلامى إلى أدلة من الشريعة الإسلامية كما استند رجال القانون إلى أدلة من القانون والقضاء المصرى .

الفرع الأول

أدلة الفقهاء من الشريعة الإسلامية .

استدل الفقهاء القائلون بمنع التخلى بأدلة بيانها كالتالى :

أولاً : قول الله تعالى ﴿ سَمَّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكَّالُونَ لِلسُّحْتِ فَإِن جَآؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِن تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَن يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (2)وقد جاءت الآية عامة تفيد اشتراط الترافع منهم إلينا بقوله تعالى ﴿ جَآؤُوكَ ﴾

---

(1)د/ عز الدين عبد الله – القانون الدولى الخاص – 1977م – ط 8 جـ 2 صـ737، وكذا القانون الدولى الخاص – الهيئة المصرية للكتاب 1986م ط 9 جـ2 صـ738 وما بعدها . وقد أشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة .... صـ10 : صـ17 .

(2)سورة المائدة – جزء آية 42 .

وتفيد التخيير بين الحكم والإعراض عنهم، ثم نسخ التخيير بين الحكم والإعراض بوجوب الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا بقوله تعالى ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ ﴾ [1] فكانت الآية الأخيرة ناسخة للسابقة.

ومما يؤيد النسخ المذكور ما ورد عن الحسن البصرى من قوله: "خلو بين أهل الكتاب وبين حاكمهم وإذا ترافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما فى كتابكم" [2] وما روى عن ابن عباس أنه قال: "آيتان نسختا من سورة المائدة "آية القلائد، وآية ﴿ فَاحْكُم بَيْنَهُم أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ فكان الرسول ﷺ مخيراً بين الحكم والإعراض عنهم وردهم إلى حاكمهم حتى نزل قوله تعالى ﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ اللَّهُ ﴾ فزال التخيير ووجب الحكم عليهم بشريعتنا [3].

ثانياً: قالوا: بأن الذمى إذا سرق تقطع يده مثل المسلم، فيقاس عليها غيرها من الأحكام. [4]

ثالثاً: ما روى من كتاب عمر بن الخطاب ﷺ إلى بنى تميم وفيه أن اقتلوا كل ساحر وساحرة وفرقوا بين كل ذى رحم محرم من المجوس، وكان ذلك قبل موته بسنة [5] وهو دليل على وجوب الحكم عليهم وإن لم

---

(1)سورة المائدة – جزء آية 49.

(2)الأثر عن الحسن ذكره الجصاص – أحكام القرآن – جـ4 صـ87.

(3)انظر فى الاستدلال بهذا مراجع الحنفية والشافعية المشار إليها سابقاً وعلى وجه الخصوص الجصاص – أحكام القرآن – جـ4 صـ87، وتفسير الرازى جـ11 صـ242

(4)المحلى – جـ 9 صـ425، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد – جـ 2 صـ394

(5)الأثر عن سيدنا عمر رواه البخارى – كتاب الجزية – باب الجزية مع أهل الذمة والحرب صـ363.

يترافعوا إلينا [1] وما روى عن ابن جريج قال: فإن أهل الذمة إذا كانوا فينا فحدهم كحدنا [2] وما روى عن الحسن البصرى أيضاً فى مواريث أهل الذمة قال: "يحكم عليهم بما فى كتابنا" [3]

الفرع الثانى

أدلة فقهاء القانون.

ذكر القائلون برفض التخلى على النحو السابق فى القانون الدولى الخاص عدة حجج على ما يقولون:-

أولاً: إذا كانت القوانين الأنجلو أمريكية تقوم على السوابق القضائية لعدم وجود تشريع مكتوب مما يبرر الأخذ بفكرة التخلى لديهم فإن الأمر على النقيض فى مصر لوجود تشريع مكتوب يلتزم به القاضى ولا يستطيع التهاون فيه [4] بل على العكس من ذلك يشبه القانون المصرى القانون الإيطالى الذى تقضى المادة الرابعة منه بمثل هذا مع وجود الاستثناءات الثلاثة التى ذكرها صاحب الفقه المعروض آنفاً. [5]

ثانياً: إن الأخذ بفكرة التخلى يتعارض مع أحكام القانون المصرى فالمقنن قد ألغى صراحة الأخذ بهذه الفكرة [التخلى] ولم يقتصر الأمر على إغفال وضع نص يقابل نص المادة 865 التى كانت تجيز التخلى

---

(1)بداية المجتهد – جـ 2 صـ394

(2)بداية المجتهد – جـ2 صـ394

(3)المحلى لابن حزم جـ9 صـ425

(4)د/ إبراهيم أحمد إبراهيم – القانون ...... صـ66. ومشار إليه لدى: د/ هشام خالد – طبيعة صـ23: صـ30

(5)د/ عز الدين عبد الله – القانون الدولى .... ط 9 صـ742 – ط 8 صـ743. ومشار إليه لدى: د/ هشام خالد طبيعة صـ10: صـ17

فى القانون السابق بل صرح فى المذكرة الإيضاحية للقانون الحالى لسنة 1968م بأن المشرع لم يشأ أن يأخذ بحكم المادة 865 والتى تجيز لمحاكم الجمهورية التخلى عن الدعوى الداخلة فى اختصاصها فى الحالات وبالشروط المبينة بها ذلك أن حالات عقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية الواردة فى المادة 2/861 من قانون سنة 1949م هى حالات روعى فيها حماية الجانب الضعيف فى الدعوى وكونه متوطناً أو مقيماً فى الجمهورية .. ولا شك أن التخلى عن الدعوى يذهب بهذه الرعاية كما أن إجازة التخلى عن حالة عقد الاختصاص لتلك المحاكم على أساس القبول من شأنه إمكان مصادرة المطلوب "[1]

ثالثاً : تواترت أحكام المحاكم المختلطة والدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف فى ظل المادتين 13، 14 على تعلقها بالنظام العام، ولم تتغير تلك الطبيعة بصدور قانون 1949م، وقانون 1986م[2] بما يقطع بمنع التخلى .

رابعاً : القاضى موظف عام لا يمكنه مخالفة مهام وظيفته التى هى مباشرة كل ما يدخل فى اختصاصه ولا يتصور أن يكون مخيراً بين نظر

---

(1)د/ إبراهيم أحمد – القانون ..... صـ66، د/ عز الدين عبد الله – القانون ط 8 صـ729، 730 – ط 9 صـ747، 748، وينتقد فكرة التخلى : د/ محمد ماجد محمود – المسئولية عن التصادم البحرى فى القانون الدولى الخاص 1990 صـ608 وما بعدها

(2)د/ عز الدين عبد الله – القانون – ط 8 صـ739 وذلك بقوله : " وقد جرت المحاكم المختلطة على الأخذ بهذا الرأى إبان سريان المادتين 13، 14 مدنى مختلط، وهذا أمر مسلم قضاء وفقهاء فى الجمهورية قبل وبعد العمل بقانون المرافعات الصادر فى سنة 1949 – ط 9 صـ742 .

المنازعات التى يختص بها أو التخلى عن نظرها وهو فى هذه الحالة الأخيرة سيكون متقاعساً عن القيام بوظيفته .[1]

خامساً : إن الأخذ بالتخلى سيؤدى إلى التحكم من القاضى وذلك لأن المعيار المقترح وهو انعدام القيمة الفعلية للحكم الذى كان سيصدر لو لم يتم التخلى متروك لمطلق تقدير القاضى ويتيح له سلطة تقديرية كبيرة فى قبول التخلى أو رفضه .[2]

سادساً : سيؤدى إلى الإخلال بتوقعات الأطراف ذلك أن ترك أمر تقرير التخلى من عدمه بيد القاضى الذى يمكنه فى أى وقت أن يتخلى عن نظر الدعوى فيعيدهم من حيث بدأوا بعد ما بذلوا من وقت وجهد ومال وهو ما يؤدى إلى تعطيل الفصل فى المنازعات كما أنه يؤدى إلى إنكار العدالة فى حالة عدم اختصاص أى محاكم أخرى به[3]

---

(1)د/ إبراهيم أحمد –القانون .... صـ67 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد – طبيعة ..... – الموضع السابق .

(2)د/ إبراهيم أحمد –القانون ...... صـ67، 68 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد – طبيعة ..... – الموضع السابق

(3)د/ إبراهيم أحمد –القانون .... صـ68 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد – طبيعة ..... – الموضع السابق .

المبحث الثانى
الاتجـــاه القـــايل بالتخلى

حيث قام اتجاه كبير يتمثل فى جانب من الفقه الإسلامى، وبعض الفقه الغربى وجمهرة فقه القانون الدولى الخاص فى مصر، وتتضح معالم هذا الاتجاه بعرض فقهه وحجته وذلك فى المطلبين التاليين :-

المطلب الأول
فقه الاتجاه الماثل.

ويظهر فقه هذا الاتجاه من فروع ثلاثة متوالية :-

الفرع الأول
القائلون به فى الفقه الإسلامى.

وقد قال بهذا الاتجاه المالكية [1] والقول الثانى عند الشافعية

---

(1)ابن رشد القرطبى الأندلسى – شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد – تحقيق : د/ عبد الله العبادى – دار السلام – المجلد الرابع – صـ2314 ،، المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون التنوخى – مطبعة الصحابة – مصر – ط 1 جـ 3 – صـ312 ،، مختصر العلامة خليل – جواهر الأكليل – دار الفكر – بيروت – لبنان – صـ338 ،، أبى زيد القيروانى – النوادر والزيادات على ما فى المدونة من غيرها من الأمهات – تحقيق / محمد الأمين بوخبزة – دار الغرب الإسلامى – المجلد الثامن – صـ238، 239 ،، الإمام / الدردير – الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك – تحقيق د/مصطفى كمال وصفى – دار المعارف – جـ 2 – صـ422 ،، أحمد بن يحى الونشريسى – المعيار المعرب – تخريج جماعة من الفقهاء – بإشراف : د/ محمد حجى – دار الغرب الإسلامى – جـ 10 صـ130،، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامى – مقارنة بين =

وهو مذهب الحنابلة [1] وهو مذهب بعض الشيعة [2] حيث قالوا [3] جميعاً : إن القاضى المسلم مخير بين الحكم أو الإعراض عند تداعى غير المسلمين إليه فى مسائلهم الخاصة التى لا تدخل فى نطاق ما يعرف بالنظام العام كالعقوبات والحدود، والمعاملات المالية حيث يخضعون فيها على قدم المساواة مع المسلمين. والمسائل الخاصة التى يخير فيها القاضى لا تخرج عن نطاق الأحوال الشخصية السابق تحديدها.

الفرع الثانى
الوضع فى الفقه المقارن

يأخذ التخلى عن نظر الدعوى صوراً متعددة فى القانون المقارن، ففى حالة عدم ملائمة المحكمة للفصل فى الدعوى وكانت الدعوى تتعلق بنزاع لا توجد بينه وبين الإقليم الوطنى رابطة جدية تبرر هذا الاختصاص، وكانت المحكمة الأجنبية ذات صلة قوية بالنزاع المعنى جاز للمحكمة

= مذهب الإمام مالك والقانون الفرنسى – تأليف سيد عبد الله على حسين – تحقيق مركز الدراسات الفقهية – دار السلام للطباعة – المجلد الرابع – صـ1379 .

(1)العزيز – جـ 8 – صـ103 – الوسيط فى المذهب – مجلد 5 – صـ138 ،، مغنى المحتاج – جـ 4 – صـ329 ،، زاد المحتاج – جـ 3 – صـ244 .

(2)البهوتى – كشاف القناع عن متن الاقناع – عالم الكتب – بيروت 1403هـ / 1983م – جـ 5 صـ116 ،، المرداوى السعدى – الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل – تحقيق / عبد الله محمد حسن إسماعيل – دار الكتب العلمية – بيروت – جـ 4 – صـ235 ،، ابن قدامة – المغنى لابن قدامة – تحقيق/ محمد سالم محسن، وشعبان محمد إسماعيل – مكتبة الجمهورية العربية ،ومكتبة الكليات الأزهرية – جـ8 – صـ214 .

(3)كالجعفرية – محمد جواد مغنية – فقه الإمام جعفر الصادق – دار الجوار – بيروت لبنان – جـ 5 صـ72، 73 ،، والإمامية : الشيخ/ محمد بن الحسين الحر العاملى وسائل الشيعة – دار إحياء التراث العربى – جـ1 مجلد9 صـ218 .

الوطنية أن تتخلى عن اختصاصها بالنزاع المعنى وبرغم دخوله فى الاختصاص الدولى لهذه المحكمة ويأخذ بهذا النظر القانون الإنجليزى، والاسترالى، والأمريكى (1).

وصار القضاء الفرنسى على التفريق بين الاختصاص القاصر والمشترك، فالأول لا يصح التنازل عن الاختصاص القضائى به، والثانى يمكن التخلى عنه مادام أنه متصل بطريقة واضحة بالدولة التى رفع النزاع أمام قضائها وإذا لم يكن اختيار هذا القضاء قد تم بطريقة تنطوى على غش. (2)

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه : "يجب على المحكمة الاعتداد باختصاص المحكمة الأجنبية المعنية بنظر النزاع كلما كان النزاع مرتبطاً بالدولة التى صدر عنها هذا القضاء برابطة متميزة ولم يكن هناك غش من جانب رافع الدعوى شريطة عدم تعلق الأمر بحالة من حالات الاختصاص الاستئثارى للمحاكم الفرنسية. (3)

---

(1)انظر بالتفصيل :-

- Reter Herzog la theorie du forum non conveniens en droit Anglo - Americain, un apercu ، Revue Critique de droit international prive 1976 p . lets .
- Gutter idge ، Recueil des Cours ، 1933 p . 115 ets .

وانظر فى عرضه : د/ إبراهيم أحمد – القانون – صـ640، د/ أحمد عبد الكريم سلامه – فقه المرافعات المدنية الدولية دار النهضة العربية – ط 1 – صـ310، 311

(2)د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد – القانون .... صـ143، 144 .

(3)نقض فرنسى فى 6 / 2 / 1985م

- Cass Civ ، fev . 1985 ، Clunet 1985 =

وفى الميراث مثلاً يعد اختصاص القضاء الفرنسى دولياً طبقاً لكون فرنسا آخر موطن للمتوفى فى حالة الاختلاف مع أنظمة قضائية لدول يقع فى دائرتها أموال للمتوفى قد تظل تلك الحالة نصوصاً نظرية خالية من التطبيق العملى، إذ ما الفائدة من إسناد مال لصاحب الشأن مع وجود هذا المال فى الخارج فكأن الحكم الذى يمكن صدوره سيكون عديم القيمة نظراً لوجود هذا المال خارج الإقليم الفرنسى، وتعطى أحكام القضاء الفرنسى اختصاصاً قاصراً للنظام القضائى للدولة التى تقع فيها الأموال. (1)

وعلى ذلك ففكرة التخلى عن نظر الدعوى القضائية الداخلة فى اختصاص القضاء الوطنى دولياً فكرة مبررة فى الفكر القانونى الدولى وإن تعددت صورها وأشكالها.

= صـ 460 وما بعدها، وانظره بالتفصيل لدى د/ هشام خالد – طبيعة قواعد الاختصاص القضائى الدولى وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية – مركز الإسكندرية للكتاب – 1997م – صـ120 وما بعدها

(1)- Civ . 7 janv - 1982 ، Rev – cnit 1983 87 ،note Anal

غير أن هذه القاعدة لا تمتد إلى النظام المالى للزواج Negime mar nimonia حيث أن النظام المالى للزوج أكثر أهمية من نظام الإرث على الرغم من الاتجاه المنتقد لاتفاقية لاهاى لعام 1978م .

وانظر بالتفصيل فى كل ما سبق :-

- Mayen (p) . Dnoit imternational . pnives ، Montchnesrien gedirion 517 صـ800 بند

الفرع الثالث

الفقه المصرى

قام اتجاه كبير فى الفقه المصرى يرى جواز التخلى عن نظر الدعوى الداخلة فى اختصاص المحاكم الوطنية دولياً ، وذلك بحسب نظر كل فقيه إلى المسألة فيرى بعض الفقه[1] أن قواعد الاختصاص القضائى الدولى من حيث الأصل تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للخصوم الاتفاق على سلب الاختصاص الثابت للمحاكم المصرية ولكن هذا لا يمنع المحكمة أن تتخلى عن هذا الاختصاص وذلك فى كل حالة يتبين لها فيها أن حكمها سوف يكون عديم القيمة الفعلية ، ففى حالة الخضوع الاختيارى لولاية المحاكم المصرية من الخصوم طبقاً للمادة 32 مرافعات، ليس هناك ما يجبر القضاء الوطنى على النظر فى نزاع لا يرتبط بالإقليم الوطنى على أى وجه من الوجوه وبالتالى لا تضمن الدولة كفالة آثار الحكم الصادر فى شأنه، ومن ثم يحق للمحاكم المصرية أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها ، مادام أن الصلة بين النزاع الذى اتفق الخصوم على طرحه أمام محاكم الدولة من جهة وبين إقليم هذه الدولة من جهة أخرى وحتى لا يخضع القضاء لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة مادام أنه لا توجد صلة قوية تربط النزاع بالإقليم المصرى[2] .

---

(1)د/ هشام صادق – تنازع الاختصاص القضائى الدولى – دراسة مقارنة – منشأة المعارف – 1972م – وتحت عنوان : مدى جواز الخروج عن قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية – صـ155 وما بعدها .

(2)د / هشام صادق – تنازع الاختصاص ... صـ60 وما بعدها و صـ130 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ..... – صـ 17 : صـ23

كذلك فإن الدعاوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج كالتى تقرر حقاً عينياً على عقار فى الخارج أو التى تتعلق بميراث لعقار واقع فى الخارج[1] وأيضاً متى كان المدعى مصرياً أو أجنبياً متوطناً فى مصر م 7/30 وتعلق النزاع بمسائل أحوال شخصية يصح التخلى مادام أنه قد تعلق ذلك بعقار واقع فى دولة أجنبية[2] وبصفة عامة يصح التخلى متى أحست المحكمة أن حكمها سيكون عديم الجدوى لسببين : أولهما سبق رفع النزاع إلى محكمة أجنبية الثانى : ارتباط النزاع بدعوى قائمة فعلاً أمام محكمة أجنبية وبشرط أن تكون الأخيرة أقدر على حسم النزاع .[3]

ويرى فقيه آخر[4] وفى إطار متابعته للفقيه السابق : " إننا نعتقد فى سلامة كثير من الاعتبارات التى تقوم عليها تلك الاستثناءات المقول بها إلى جانب غيرها مما قد يكشف عنه التطبيق العملى لنصوص الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية ولكنه تفادياً للحرج من أن يقوم الفقه بعمل المشرع عن طريق خلق استثناءات دون سند من النصوص التشريعية ، فيصح أن تدخل فى نطاق نظرية عامة للتخلى عن الاختصاص بمقتضاها يحق للقاضى المصرى أن يتخلى عن اختصاصه الدولى الثابت طبقاً لعموم

---

(1)د / هشام صادق – تنازع الاختصاص ... صـ93، 97، 107 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ..... ذات الموضع

(2)د / هشام صادق – تنازع الاختصاص ... صـ123 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ..... – ذات الموضع

(3)د / هشام صادق – تنازع الاختصاص ... صـ157 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ..... – ذات الموضع .

(4)د/ أحمد قسمت الجداوى – مبادئ الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية – دار النهضة العربية 1972م – بند 141 صـ151 وما بعدها . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد – طبيعة ..... – صـ30 : صـ34 .

النصوص التشريعية القائمة وذلك فى ظروف معينة يقدرها فى المنازعة الدولية المرفوعة إليه وذلك بأن يبحث القاضى فى كل حالة على حدة فى إطار القيمة الفعلية للحكم الذى عساه أن يصدره وبشرط ألا يؤدى التخلى إلى إنكار العدالة ومن ثم يجب أن يخضع لرقابة محكمة النقض لقيامه على التجربة واحتمال الخطأ .[1]

وتحت عنوان : حالة عدم الملائمة للفصل فى الدعوى يقول بعض الفقه[2] : " ويمكن أن نضيف حالة عامة وهى إذا كانت الدعوى تتعلق بنزاع لا توجد بينه وبين الإقليم المصرى رابطة جدية تبرر عقد الاختصاص وكفالة الآثار التنفيذية للحكم الصادر إذ تعتبر المحكمة المصرية هنا ليست هى أنسب المحاكم للفصل فى الدعوى،

وخلاصة نظرية المحكمة غير الملائمة أنه يجوز للمحكمة أن تتخلى عن اختصاصها بنظر المنازعة ذات الطابع الدولى إذا ثبت اختصاصها بها بموجب ضابط من ضوابط الاختصاص القضائى الدولى، وذلك بالنظر إلى عدة اعتبارات تبرر التخلى عن نظر الدعوى منها : قوة وجدية الصلة بين النزاع والنظام القانونى لدولة المحكمة، ومنها كذلك مدى لدد أو كيد رافع الدعوى، ومدى فاعلية القرار الذى ستصدره، وذلك كالحكم القاضى بنفقة أو حضانة لطفل غير موجود بالإقليم الوطنى .[3]

---

(1)د/ أحمد قسمت – مبادئ .... صـ157، 158 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد – طبيعة ...... – ذات الموضع .

(2)د/ أحمد عبد الكريم سلامة – فقه المرافعات المدنية الدولية – دار النهضة العربية – ط 1 – بند 250 صـ310 وما بعدها . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد – طبيعة ...... – صـ176، 177 .

(3)د/ أحمد سلامه – فقه المرافعات .... صـ310، 311، 312، 313 .

ويرر بعض الفقه التخلى بأن النزاع المعنى على صلة وثيقة بالقضاء الأجنبى، وأنه ضعيف الصلة بالإقليم المصرى وأن الحكم الذى سوف يصدره حال فصله فى النزاع سيكون عديم القيمة الفعلية .[1]

ويقرر البعض أنه يحق للمحكمة المصرية أن تتخلى عن نظر الدعوى أو تحيلها للمحكمة الأجنبية المعنية كلما كانت الأخيرة هى الأقدر على الفصل فيها مع ضرورة إضافة نص تشريعى يتضمن هذا الحكم صراحة وبالشروط التالية : - 1- يجب أن يتحقق القاضى المصرى من توافر شروط صحة الشرط السالب للاختصاص عندما يتقرر التخلى بمقتضاه . 2- وأن يصدر هذا الشرط من شخص ذى أهلية كاملة، 3- وألا يوجد إذعان من أطراف الشرط السالب للاختصاص، 4- وأن يكون النزاع عديم أو ضعيف الصلة بالإقليم المصرى وأن تكون المحكمة الأجنبية أقدر على حسم النزاع المعنى .[2]

المطلب الثانى

تحليل الاتجاه الماثل " حجج هذا الاتجاه "

تتعدد الحجج التى يستند عليها أصحاب هذا الاتجاه، ومن الصواب التمييز بين نوعى الحجج فى فرعين على النحو الآتى :-

---

(1)د/ عكاشة عبد العال – القانون الدولى الخاص ...... صـ612، 613، دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات – دار الجامعة الجديدة 2000م – صـ98، 119، 137، تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتى الاختصاص القاصر والاختصاص المشترك – مجلة الحقوق للبحوث القانونية – العدد 2 السنة 1992م – صـ191 .

(2)د/ هشام خالد – طبيعة قواعد الاختصاص القضائى الدولى وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية – دارسة الاتجاهات فى الفقه والقضاء – مركز الإسكندرية للكتاب 1997م – صـ185، 186 .